J. rom. m.
242
&

J. rom. m. 242 f

Theoretisch- praktische

Abhandlung

der

# Rechtslehre

von

# der Gewohnheit.

Durch

Joh. Nikol. Kornel. Guilleaume,

der beiden Rechte Doktor und Gograf zum Harkotten

im

Hochstift Münster.

Zweyte, vermehrte, und vom Verfasser selbst ins deutsche übertragene Ausgabe.

Osnabrück 1801.

In der Hofbuchhandlung bei Heinrich Blothe.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

# Vorrede.

Im Jahr 1796 erschien meine Dissertatio inauguralis Theoretico-Practica de Consuetudine; mehrere Kenner gaben derselben ihren Beifall. Unterdessen konnte ich mir nicht verhehlen, daß diesem Werkchen noch vieles fehlte, um der Vollkommenheit nahe zu kommen; mehrere Freunde riethen mir, eine zweite Ausgabe zu bearbeiten und darin das mangelnde zu ergänzen: aber verschiedene Hindernisse, und vorzüglich das Mistrauen auf eigene Kräfte hintertrieben lange die Befolgung dieses Raths.

Die für mich so unvermuthete als schmeichelhafte Recension meiner Streitschrift in der Jenaer Litteratur-Zeitung bewog mich endlich, Hand ans

Werk zu legen, und zum zweitenmale vor das juristische Teutschland zu treten.

Diese zweite Ausgabe enthält fast in allen Theilen ansehnliche und nöthige Zuwächse, auch einige Veränderungen in der Anordnung; ich habe keine Mühe gespart, um dieselbe der Vollständigkeit nach Vermögen nahe zu bringen; in wie weit mir dieses gelungen sey, überlasse ich der billigen Beurtheilung anderer.

Mein Vorhaben war, diese Ausgabe, so wie die erste, in lateinischer Sprache abzufassen; aber die leidige Lateinscheue, womit die meisten der jungen Rechtsgelehrten heuer geplagt seyn sollen, entschied mich für die teutsche Sprache.

Warendorf im Hochstift Münster im August 1798.

der Verfasser.

# Inhalt.

## Einleitung.

### Erstes Hauptstück.
### Vorbegriffe.

Erster Abschnitt. Eintheilung des ungeschriebenen Rechtes überhaupt.

§. 1. Haupteintheilung des ungeschriebenen Rechtes.

§. 2. Uebertragenes Recht.

§. 3. Fortsetzung des vorigen.

§. 4. Gewohnheits-Recht.

Zweiter Abschnitt. Bedeutungen des Wortes Gewohnheit.

§. 5. Der Ausdruck Gewohnheit, Consuetudo, hat verschiedene Begriffe.

§. 6. Er bezeichnet die Ehe und den Konkubinat.

§. 7. Dasjenige, was nach dem Lauf der Natur zu geschehen pflegt.

§. 8. Ein durch lange Ausübung erworbenes Recht.

§. 9. Den langen Gebrauch in Dienstbarkeiten.

§. 10. Die öftere Wiederholung ähnlicher Handlungen.

§. 11. Die Gewohnheit der Thiere.

§. 12. Die Richtschnur oder Regel, welche aus ähnlichen Handlungen entstanden ist.

§. 13. Bedeutung nach dem gemeinen Sprachgebrauch.

§. 14. Gewohnheit im eigentlichen Sinne.

§. 15. Bestimmung derselben.

§. 16. Das bürgerliche Recht heißt in zwiefacher Hinsicht ungeschrieben.

§. 17. Die Gewohnheit ist Juris und Facti.

Dritter Abschnitt. Eintheilung der Gewohnheit insbesondere.

§. 18. Allgemeine, besondere oder Lokalgewohnheit; Specialissima.

§. 19. Rechteinführende und Rechtauslegende Gewohnheit. — Gewohnheit nach dem Gesetz.

§. 20. Rechteinführende Gewohnheit insbesondere, oder ohne Recht. — Verbessernde, abschaffende Gewohnheit — Gewohnheit wider das Recht.

§. 21. Die Rechteinführende Gewohnheit ist entweder verbindend, oder erlaubend.

§. 22. Oeffentliche, Privatgewohnheit.

Zweites Hauptstück.

Erforderniße zur Einführung der Gewohnheit.

Erster Abschnitt. Von der Einwilligung des Gesetzgebers.

§. 23. Im demokratischen Staate.

§. 24. Im monarchischen Staate.

§. 25. Fortsetzung des vorigen.

§. 26. Die Einwilligung des Gesetzgebers wird vermuthet. — Welche Einwilligung hinlänglich seye?

§. 27. Woraus diese Vermuthung zu folgern seye.

Zweiter Abschnitt. Von der Zeit.

§. 28. Zu Einführung einer Gewohnheit wird eine lange Zeit erfordert.

§. 29. Fortsetzung des vorigen.

## Inhalt.

§. 30. Regel. — Die Zeitlänge läßt sich im allgemeinen nicht bestimmen.

§. 31. Irrige Meinungen der Rechtsgelehrten über die Zeit.

§. 32. Quelle und Ungrund der im vorigen Sphen enthaltenen Meinungen.

§. 33. Die Bestimmung der Zeit ist dem Ermessen des Richters überlassen.

Dritter Abschnitt. Von den Handlungen.

§. 34. Zu Entstehung der Gewohnheit werden wiederholte Handlungen erfordert.

§. 35. Aus einer einzigen Handlung kann nie eine Gewohnheit entstehen.

§. 36. Die Bestimmung der nöthigen Anzahl von Handlungen ist dem Ermessen des Richters überlassen.

§. 37. Zwo Handlungen sind den Rechten nach nicht hinlänglich. — Praxis.

§. 38. Die Handlungen müssen einförmig und ununterbrochen seyn.

§. 39. Eine einzige unähnliche Handlung hemmt die entstehende Gewohnheit.

§. 40. Fortsetzung des vorigen.

§. 41. Weitere Fortsetzung.

§. 42. Die Willkür.

§. 43. Nothwendigkeit.

§. 44. Fortsetzung des vorigen.

§. 45. Oeffentlichkeit.

§. 46. Aussergerichtliche Handlungen genügen.

§. 47. Fortsetzung des vorigen.

§. 48. Wieviel gerichtliche Handlungen erforderlich seyen.

Vierter Abschnitt. Von der Vernunftmäßigkeit.

§. 49. Die Gewohnheit darf nicht unvernünftig seyn.

§. 50. Fortsetzung des vorigen.

§. 51. Welche Gewohnheit ist unvernünftig? — Darf der Richter eine unvernünftige Gewohnheit aus eigener Macht verwerfen?

§. 52. Die Vernunftmäßigkeit wird vermuthet.

§. 53. Fortsetzung des vorigeu.

§. 54. Eine Gewohnheit wider das Gesetz ist darum noch nicht unvernünftig.

§. 55. Fortsetzung des vorigen.

§. 56. Unvernünftige Gewohnheiten sind abzuschaffen.

§. 57. Ist derjenige strafbar, welcher nach einer bösen Gewohnheit handelt?

Fünfter Abschnitt. Von der Einwilligung des Volkes.

§. 58. Die stillschweigende Einwilligung des Volkes.

§. 59. Ganze Gemeinheiten können eine Gewohnheit für sich herbringen; aber nie ein Theil davon.

§. 60. Gewohnheit einzelner Kollegien.

Drittes Hauptstück.

Von der Wirkung und der Abschaffung der Gewohnheit.

Erster Abschnitt. Von der Wirkung insbesondere.

§. 61. Die Gewohnheit hat gesetzliche Kraft.

§. 62. Der Richter muß nach derselben sprechen. Teutsche Gewohnheiten gehen den in Teutschland angenommenen fremden Rechten vor; so wie die aussergerichtliche Gewohnheit der gerichtlichen Observanz. *N. I. II.*

§. 63. Gewohnheits-Klage.

§. 64. Die Gewohnheit hebt das frühere Gesetz auf.

§. 65. Die Gewohnheit kann auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden.

§. 66. Die Gewohnheit ist die beste Auslegerin der Gesetze.

§. 67. Wie die auslegende Gewohnheit authentisch werde?

§. 68. Verhaltungsregel, wenn Schwierigkeiten aus einer dunkelen Gewohnheit entstehen.

Zweiter Abschnitt. Wie die Gewohnheit abgeschaft werde.

§. 69. Die Gewohnheit wird durch ein späteres Gesetz aufgehoben.

§. 70. Wie das abschaffende Gesetz beschaffen seyn müsse, überhaupt.

§. 71. Bei einer allgemeinen Gewohnheit.

§. 72. Bei besonderen Gewohnheiten.

§. 73. Eine Gewohnheit, welche seit undenklichen Jahren gegen die Gerechtsame des Fürsten hergebracht ist, kann durch kein Gesetz desselben abgeschaft werden.

§. 74. Abschaffung der Gewohnheit durch Entwöhnung.

§. 75. Eine besondere Gewohnheit derogirt der allgemeinen.

§. 76. Der Nichtgebrauch ist nicht vermögend eine Gewohnheit abzuschaffen.

Dritter Abschnitt. Von der derogatorischen Klausel.

§. 77. Was sie seye.

§. 78. Sie kann keine unvordenkliche Gewohnheit abschaffen.

§. 79. Die einfache Klausel hemmt keine nachherige Gewohnheit.

§. 80. Wirkung der Klausel, einer jeden, auch künftig entstehenden Gewohnheit ungeachtet.

# Inhalt.


**Vierter Abschnitt.** Von der geschriebenen Gewohnheit.

§. 81. Eine in Schriften verfaßte Gewohnheit hört darum nicht auf ungeschriebenes Recht zu seyn.

§. 82. Fortsetzung des vorigen.

## Viertes Hauptstück.

## Von dem Beweise.

**Erster Abschnitt.** Nöthige Vorausschickungen.

§. 83. Eine notorische Gewohnheit bedarf keines Beweises.

§. 84. Welche Gewohnheit notorisch seye.

§. 85. Strafe derer, welche wider selbe streiten.

§. 86. Wie der Richter bei dem Daseyn derselben zu Werke gehen müsse.

§. 87. Fortsetzung des vorigen.

§. 88. Verfahren, wenn über eine Gerichtsgewohnheit gestritten wird.

§. 89. Eine unwidersprochene Gewohnheit bedarf keines Beweises.

§. 90. Eine widersprochene Gewohnheit muß der Regel nach bewiesen werden.

§. 91. Wie und wo die Gewohnheit entstanden, braucht nicht dargethan zu werden.

**Zweiter Abschnitt.** Von dem Beweise durch Zeugen.

§. 92. Von dem Zeugnisse der Rechtsgelehrten.

§. 93. Beim Beweise der Gewohnheit findet kein Ergänzungseid statt.

§. 94. Wie viel Zeugen werden zum Beweise einer Gewohnheit erfordert?

§. 95. Worauf die Kundschaft der Zeugen gerichtet seyn müsse.

§. 96. Die Zeugen müssen aus eigenem Wissen Kundschaft geben und die Ursache dieses Wissens angeben.

§. 97. Wannehr Zeugen von Hörensagen hier beweisen können. — Ob die Zeugen die Fälle immer namhaft machen müsse.

§. 98. Von verneinenden Zeugen.

§. 99. Von Zeugen, welche aus der Gewohnheit Nutzen zu hoffen haben.

Dritter Abschnitt. Von dem Beweise durch Urkunden.

§. 100. Die Gewohnheit mag durch öffentliche Urkunden bewiesen werden.

§. 101. Von dem richterlichen Zeugnisse.

§. 102. Fortsetzung des vorigen.

§. 103. Von Notarial-Instrumenten.

§. 104. Von Privatschriften.

§. 105. Von den Parömien.

Vierter Abschnitt. Verhaltungsregeln.

§. 106. Regeln im allgemeinen.

§. 107. Hauptpunkte des Beweises.

§. 108. Regel in Rücksicht auf das Thema probandum.

§. 109. Die Ununterbrochenheit bedarf keines Beweises.

§. 110. Anzahl der zu beweisenden Handlungen.

# Inhalt.

§. 111. Die Gewohnheit contra Jus erfordert mehrere Handlungen, als jene praeter Jus.

§. 112. Die Handlungen müssen dem Richter mit allen Umständen vorgelegt werden.

§. 113. Sie müssen in dem zur Frage liegenden Orte selbst vorgenommen worden seyn.

§. 114. Ob die Gewohnheit in individuo zu beweisen seye, oder ob auch hier Analogie statt finde?

§. 115. Fortsetzung des vorigen.

§. 116. Welche Erfordernisse mit den Handlungen zu erweisen seyen.

§. 117. Der Beweis einer in den Sammlungen des mittleren Zeitalters enthaltenen Gewohnheit ist leicht.

§. 118. Ist die Gewohnheit der Art erwiesen, so ist dieselbe auch für die Gattung als erwiesen zu achten.

§. 119. Von einer Gattung auf die andere, und von einer Gattung auf die Art kann nicht geschlossen werden.

§. 120. Die Gewohnheit des Landes erstreckt sich der Regel nach auf alle Orte und Familien dieses Landes.

§. 121. Die Gewohnheit eines Landes kann nicht auf ein anderes ausgedehnt werden.

§. 122. Die Stadtsgewohnheit trift die befreieten Orte und Personen nicht.

## Fünftes Hauptstück.

### Angrenzende Gattungen.

### Erster Abschnitt. Der Nichtgebrauch.

§. 123. Gegenstand dieses Abschnitts.

§. 124. Der bloße Nichtgebrauch hebt der Regel nach kein Gesetz auf.

§. 125. Fortsetzung des vorigen.

§. 126. Wohl aber ein widriger Gebrauch.

Zweiter Abschnitt. Die Sitte und Gebrauch.

§. 127. Sitte oder Gebrauch und Gewohnheit sind verschiedene Dinge.

§. 128. Sprachgebrauch.

Dritter Abschnitt. Observanz.

§. 129. Dreifache Observanz. — Im weiten Sinne.

§. 130. Im engen Sinne.

§. 131. Im engern Sinne.

Vierter Abschnitt. Der Gerichtsgebrauch.

§. 132. Gerichtsgebrauch. Begriff und verschiedene gesetzliche Benennungen desselben.

§. 133. Meinung der älteren Rechtslehrer wegen Einführung des Gerichtsgebrauchs.

§. 134. Heut zu Tage kann ein jedes Gericht einen Gerichtsgebrauch für sich einführen.

§. 135. Wie wenn ein Gericht aus mehreren Personen besteht?

§. 136. Können Advokaten und Prokuratoren einen Gerichtsgebrauch einführen?

§. 137. Kann dies der Gerichtsschreiber?

§. 138. Wie wenn ein Gericht bloß aus dem Richter und dem Gerichtsschreiber besteht?

§. 139. Erforderniſſe.

§. 140. Fortſetzung des vorigen.

§. 141. Wirkungen.

§. 142. In Rückſicht auf die Appellations-Inſtanz.

§. 143. Auf die ſtreitende Theile.

§. 144. Der Regel nach muß ein Untergericht nach dem Gerichtsgebrauch des Obergerichts verfahren. — Ausnahme.

§. 145. Gerichtsordnung.

Fünfter Abſchnitt. Praejudicia.

§. 146. Was ſie ſeyen. — Ihre Anwendung.

§. 147. Sie muſten bei den Römern größere Gewalt haben als bei uns.

§. 148. Wannehr der Richter auf Praejudicia achten müſſe.

§. 149. Nähere Würdigung derſelben. — Pflicht des Richters.

§. 150. Darf ein Richter die Praejudicia ſeiner Obergerichte auſſer Acht laſſen.

§. 151. Wie der R. Abſch. von 1654 §. 130 zu verſtehen ſey.

§. 152. Noch etwas über die Praejudicia Cameralia insbeſondere.

§. 153. Noch etwas über die Praejudicia im allgemeinen.

Inhalt.


Sechster Abschnitt. Doctrina Forensis.

§. 154. Doctrina Forensis.

Siebenter Abschnitt. Die gemeine Meinung.

§. 155. Welche Meinung pro communi zu halten seye?

§. 156. Wirkung.

§. 157. Fortsetzung des vorigen.

§. 158. Wie wenn die Meinung der älteren Rechtslehrer mit jener der neueren in Kollision kömmt?

§. 159. Ansehen der Glosse.

# Nöthige Verbesserungen.

S. 4. Z. 3. lies neue,

= 41. = 12. = T. 2.

= 42. = 8. del. c

= 49. = 4. 5. lies ac und judicia

= = = 10. = §. 43.

= 50. = 11. = andere

= 51. = 10. = und schon so

= = = 6. 7. v. u. = Handlungen unternommen worden seyn;

= 52. = 10. v. u. del. a)

= 53. = 10. lies so gewiß, u. Z. 17. N. 6.

= 54. = 4. v. u. l. ihn

= 55. = 13. = konnte

= 56. = 7. = Erforderniß auf,

= 59. = 16. = etc. etc.

= 60. = 10. v. u. = Gewohnheit

= 62. = 11. l. Gesetz

= 69. = 7. = A. a. O. §. 86.

= 75. = 2. = 36.

= 79. = 2. = vilis *est*

= 83. = 20. del. L. L.

= 89. = 12. lies hergebrachte

= 92. = 2. = Einwilligung des Gesetzgebers

= 97. = 1. = auch jene ist den notorischen beyzuzählen,

= 102. = 6. v. u. fehlt: c) Us. Mod. Discurs. praelimin. §. 31.

= 107. = 12. lies würde

= 114. = 5. v. u. = 62.

= 116. = 12. v. u. = Judicis

= 123. = 13. l. *suasit*,

= 124. = 3. v. u. = At

= 138. = 8. l. Cons. 5. N. 60. Cons. 25. N. 157.

= 139. = 8. v. u. = *intuitu*

= 143. = 12. v. u. = Leitung

= 149. = 4. l. Praejudicia, was sie seyen? — ihre Anwendung.

= 155. = 10 = *ab ea* u. 11. *Opinione*

S. 96. die Ueberschrift: 4tes Hauptstück. Von dem Beweise.

Theoretisch-praktische

# Abhandlung

über

# die Gewohnheit.

## Einleitung.

Mit der Menschheit hat das Gewohnheitsrecht ein fast gleiches Alter; die Entstehung der positiven Gesetzgebung hier zu entwickeln, würde meinen Vorsatz, nach Möglichkeit kurz zu seyn, vereiteln.

Selbst die Römer wurden im Anfang ihres Freystaats meistentheils durch hergebrachte Sitten und alte Gebräuche regiert, welche nachher durch die Sanktion des Volks in positive Gesetze umgeschaffen wurden; wie dies die Quelle des gesammten Civilrechts, die Gesetze der 12 Tafeln *) klar genug darthun.

*) Die Gesetze der zwölf Tafeln enthielten freilich größtentheils fremde Gesetze, die die römischen Abgeordneten in Griechen-

Verdient das Gewohnheitsrecht einen Vorzug? ist es dem Staate erspriesliNcher, durch Sitte und Herkommen regiert zu werden, als durch eine positive Gesetzgebung? Dieses sind Fragen, deren Beantwortung ich andern überlasse; ich trage unterdessen kein Bedenken unserem *Leyser* Specim. 9. Medit. 1. 2. völlig beizupflichten, wo er für die geschriebene Gesetze, wider die Verfechter des Gewohnheitsrechts das Wort spricht.

Die Völker deutschen Ursprungs wurden von allen gesitteten Nationen fast am spätesten mit der Schreibekunst bekannt. Zu Cäsars und Tacitus Zeiten wusten sie noch nichts von geschriebenen Gesetzen, sondern richteten sich lediglich nach ihren guten Sitten; wie fest dieselben darauf hielten, ist aus der Geschichte bekannt genug. In allen bürgerlichen Handlungen sahen sie bloß nach den Landesgewohnheiten, welche theils allgemein, theils auch nur gewissen Nationen eigen waren.

land gesammelt hatten; daß aber auch viele vaterländische Gebräuche darin aufgenommen seyen, kann wohl keinem Zweifel unterworfen seyn; wie dieses allein schon die Gesetze de patria potestate, de sanctitate Patronorum etc. zur Gnüge darthun. Conf. *Bach* hist. jurispr. rom. L. 1. c. 2. §. 5. *Heineccius* Hist. jur. civ. L. 1. c. 2. §. 28. *Brunquell* hist. jur. P. 1. c. 3. §. 1. et 4. *Dyonis. Halicarn.* L. 2. et 10.

Die große Völkerwanderungen aber, welche von Tacitus Zeiten an, bis an das fünfte Jahrhundert vor sich giengen, brachten hierin eine gänzliche Veränderung hervor: die Gothen, Vandalen, Burgunder, Sueven, Franken überschwemmten die schönsten römischen Provinzen, und stifteten allda ansehnliche Reiche; die von jenen Völkern verlassene Länder nahmen die Allemannen, Boier, Sachsen in Besitz.

Jene Deutsche, welche auf ihrer Vatererde geblieben waren, fuhren fort, die Franken ausgenommen, nach ihren alten Gewohnheiten zu leben; die, im Gegentheil, welche sich auf fremdem Boden festgesetzt hatten, wurden zeitig mit den Künsten der alten Landeseingesessenen und der Römer bekannt, bald auch wurden die geschriebene Gesetze unter ihnen gäng und gebe. — Von dieser Zeit an findet man, daß einige deutsche Völker geschriebene Gesetze hatten; einige noch nach ihren hergebrachten Sitten richteten: sobald aber als auch diese von den Franken unterjocht waren, erhielten sie, so wie die andern, geschriebene Gesetze. Jedoch vermochten diese Gesetze nicht, das ganze Heer der altväterlichen Gewohnheiten zu verdrängen, und nach Abgang der fränkischen Könige fieng man von neuem an, sich nach denselben zu richten, und um sie der Vergessenheit zu entreissen, Sammlungen davon zu machen, unter welchen der Schwaben- und Sachsenspiegel den ersten Platz verdienen.

Mehrere dieser Gewohnheiten wurden in nachherigen Zeiten durch eine weise Gesetzgebung zernichtet; neue, nach der Sitte des Zeitalters, kamen wieder auf: so daß noch heuer die Anzahl der in Deutschland allgemeinüblichen sowohl, als besonderer Lokalgewohnheiten einen nicht unbeträchtlichen Theil der deutschen Jurisprudenz ausmacht.

Hiervon in der Kürze genug; nun zu dem Gewohnheitsrechte selbst.

# Erstes Hauptstück.

## Vorbegriffe.

## Erster Abschnitt.

### Eintheilung des ungeschriebenen Rechts überhaupt.

§. 1.

Haupteintheilung des ungeschriebenen Rechts.

Das ungeschriebene Recht (Jus non scriptum) als Art betrachtet, zerfällt füglich in zwo Gattungen, nemlich in übertragenes Recht, Herkommen, (Jus traditum) und in Gewohnheitsrecht (Jus consuetudinarium).

§. 2.

Uebertragenes Recht.

Das übertragene Recht ist ein solches, welches vor langer Zeit zwar in gesetzlicher Kraft erlassen worden, wovon aber die ausdrückliche Sanktionsformel verloren ge=

gangen, so, daß selbes nur durch den Gebrauch auf uns gekommen, und noch heut zu Tage in Würden ist.

Was unter dem übertragenen Rechte begriffen sey.

*I.* Hierhin gehört alles das, was noch bei uns aus den ältern deutschen Gesetzen und Kapitularien im Gebrauch ist; ferner die mehrsten der ersteren Reichsabschiede, welche bis auf das funfzehnte Jahrhundert selten anders als mündlich bekannt gemacht wurden: diese Reichsabschiede hörten allmälig auf als solche betrachtet zu werden, und wurden endlich nur als ein Herkommen beibehalten: daher besitzen wir zu unsern Tagen sehr wenige ächte Reichssatzungen.

*II.* Auch im juristischen Sinne ist das Herkommen für ungeschriebenes Recht mit Fug zu halten, weil die Glaubwürdigkeit, daß selbes einst als wirkliches Gesetz erlassen worden, lediglich auf historischem Glauben beruhet; welches aber lange nicht hinreicht, um einem solchen Satze gesetzliche Bindungskraft zu bewirken.

## §. 3.

Fortsetzung des vorigen Sphen.

Sobald jedoch dargethan werden kann, daß das, was nun als Herkommen üblich ist, wirklich einst von der gesetzgebenden Gewalt als Gesetz verkündigt worden seye; so hört es natürlich auf, nach den Regeln des ungeschriebenen Rechtes betrachtet zu werden, und steht wieder da in seiner ursprünglichen Gestalt als bindendes Gesetz.

Beruft sich daher jemand auf ein solches Recht, wovon die Gültigkeit vom Gegner in Zweifel gezogen wird; so thut er genug, wenn er dessen einst geschehene gesetzliche Verkündigung erweiset; denn so lange streitet alsdann die Vermuthung für die gesetzliche Kraft eines solchen Rechtes, bis dessen auf irgend eine Art geschehene Abschaffung von dem Gegner wird dargethan seyn. Wenn aber derjenige, welcher sich auf ein solches Recht berufen hat, diesen Beweis nicht beibringen kann, so muß dasselbe lediglich als Herkommen betrachtet werden, und alles das tritt in voller Anwendung ein, was von der Gewohnheit wird gesagt werden. *a)*

*a)* Glück Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandekten, 1stes Buch, 3ter Tit. §. 83.

## §. 4.

### Gewohnheitsrecht.

Das Gewohnheitsrecht, wovon eigentlich hier die Rede seyn wird, ist ein durch Gewohnheit eingeführtes Recht.

*Hellfeld*, jurispr. for. L. 1. T. 3. §. 83.

## Zweiter Abschnitt.

### Bedeutungen des Wortes Gewohnheit.

### §. 5.

**Der Ausdruck Gewohnheit, consuetudo, hat verschiedene Begriffe.**

So wie bei den Deutschen der Ausdruck Gewohnheit nicht immer einerlei Bedeutung enthält, eben so verbindet auch der Römer mit dem Worte consuetudo verschiedene Begriffe; wir wollen diese etwas näher untersuchen, um den Begrif der Gewohnheit im eigentlichen Sinne deutlicher und abgesondert festsetzen zu können.

### §. 6.

**Bezeichnet die Ehe und den Konkubinat.**

Das Band der vertraulichen Gesellschaft, welches mehrere Personen untereinander verbindet, wird durch Gewohnheit, Consuetudo, angedeutet; in diesem Sinne nennet nicht allein Justinian die Ehe eine ungetheilte Lebensgewohnheit: Nuptiae autem sive Matrimonium est Viri et Mulieris Conjunctio, individuam Vitae *Consuetudinem* continens *a*); sondern auch Modestinus bezeichnet damit den Konkubinat: Stuprum committit, qui liberam Mulierem *Consuetudinis* causa, non Matrimonii continet *b*)

(*a*) §. 1. J. de Patr. Potest.

(*b*) L. 34. pr. D. ad Leg. Jul. de Adult.

## §. 7.

### Dasjenige, was nach dem Lauf der Natur gewöhnlich zu geschehen pflegt.

So heißt dasjenige Gewohnheit, was nach dem Lauf der Natur gewöhnlich zu geschehen pflegt. In dieser Bedeutung nimmt dieselbe Paulus, wenn er im unten angezogenen Gesetze die Frage aufwirft: ob ein vorher errichtetes Testament dadurch umgestoßen werde, daß der Testierer nachher nachgeborne Kinder (Posthumos), welche er seines hohen Alters oder entkräfteter Gesundheit halber nicht mehr haben kann, zu Erben eingesetzt habe; er bejahet dieses und zwar aus dem Grunde: daß man mehr auf die Natur und die Gewohnheit zu zeugen im Menschen sehen müsse, als auf natürliche Fehler und Krankheiten, welche ihm die Zeugungskräfte entziehen.

Si quis Posthumos, quos per Aetatem aut Valetudinem habere forte non potest, Heredes instituit: superius Testamentum rumpitur; quod Natura magis in Homine generandi et *Consuetudo* spectanda est, quam temporale Vitium, aut Valetudo, propter quam abducatur Homo a generandi Facultate. *L.* 9. *pr. D. de Lib. et Posthumis Hered. instit.*

## §. 8.

### Ein durch lange Ausübung erworbenes Recht.

Nicht selten wird Gewohnheit für die Befugniß etwas zu thun oder zu unterlassen, oder für ein Recht genommen, dessen Gebrauch jemand schon seit langer Zeit ausgeübt hat; und gewiß muß einer bey solchen, durch

lange Ausübung oder eine lange Gewohnheit erworbenen Rechten, eben so gehandhabt werden, als wenn die positive Gesetzgebung ihm dieselbe zusicherte.

L. ult. C. de Emancip. Lib.

## §. 9.

### Den langen Gebrauch in Dienstbarkeiten.

Auch in Dienstbarkeiten legen die Gesetze der Gewohnheit eine große Macht zu *a*), wo sie durch lange Gewohnheit nichts anders verstehen, als ein langwieriger Gebrauch, eine lange Zeit hindurch gehabte ruhige Ausübung, welche die Stelle des Titels vertreten. Selbst das kanonische Recht legt dem Worte Gewohnheit keine andere Bedeutung bei, wenn von einer verjährten Gewohnheit, Consuetudine Praescripta, die Rede vorkömmt *b*).

*a*) L. 1. §. ult. D. de Aq. et Aq. Pluv. arc.

*b*) Cap. 5. 6. 8. 11. X. de Consuet.

Die bereits gegebene Bedeutungen des Wortes Gewohnheit, obschon sie unsere Materie nicht unmittelbar berühren, schienen mir doch angeführt werden zu müssen; ich gehe nun zu jenen über, welche uns dem bezweckten Ziel näher bringen werden.

## §. 10.

### Die öftere Wiederholung ähnlicher Handlungen.

Eine öftere Wiederholung ähnlicher Handlungen heißt auch Gewohnheit *a*) und in diesem Sinne bedient sich der

Römer des Wortes Consuetudo, Gewohnheit, um den Ursprung und die Quelle anzudeuten, woraus das ungeschriebene Recht entspringt; hierhin gehören die Ausdrücke: Consuetudine inductum, comprobatum, obtentum est *b*).

*a*) §. 9. I. de Jur. N. G. et C.

*b*) L. 32. pr. L. 35 et 39 D. de LL.

## §. 11.

### Die Gewohnheit der Thiere.

Auch den unvernünftigen Thieren eigenen die Gesetze eine Gewohnheit zu *a*); welche nicht selten ihre rechtliche Wirkung hat; und schon oft ist das strittige Eigenthum eines Thieres durch desselben Gewohnheit entschieden worden; einen artigen Fall einer solchen Entscheidung führt Glück *b*) aus Crell *c*) an, hier ist er: » Equus Furto subtractus erat et a Domino deinde deprehensus; hic vero hunc Equum suum esse Jurejurando affirmare detrectabat: sed offerebat aliam probationem; inter alia enim petebat, Equum ad Domum adduci suam et observari quid contingat: quod facile impetravit a Judice. Equus cum centum Passus abesset a Tugurio Domini, dimissus ab Auriga. Confestim Tugurium apertum citato cursu petiit, intromissus, stabula nota quaesivit; quae cum aliis Equis occupata essent, non quievit, donec Viam sibi faceret ad Praesepia, atque ad eundem Locum, in quo olim consistere solitus erat. Ita Dominus obtinuit ut Equus redderetur.

Ich bin selbst Zeuge von einem nicht unähnlichen Falle gewesen: ein Bekannter von mir hatte schon seit geraumer Zeit

einen ihm sehr werthen Hünerhund verloren; eines Tages begegnete er einem Fremden auf der Straße, welcher den vermißten Hund bei sich führte; mein Bekannter rief den Hund an, welcher, so wie er seinen alten Herrn gewahr wurde, gleich auf ihn zusprang, und seine Freude denselben wiederzusehen durch allerhand Zeichen äusserte: dem Fremden mißfiel jedoch dieses Spiel, er wollte den Hund ergreifen und mit sich fortschleppen, mein Bekannter trat aber als Herr des Hundes auf und widersetzte sich diesem Vorhaben; beide giengen mit dem Hunde zum Stadtsrichter, dieser entschied de plano folgender Gestalt: den Hund ließ er durch einen Gerichtsdiener festhalten, den beiden streitenden Theilen aber befahl er, sich in einer entgegengesetzten Entfernung von hundert Schritten auf die Strasse zu stellen; nun ließ er in die Mitte zwischen beide den Hund führen, beide lockten denselben nach ihren Kräften an; der Hund wurde losgelassen, eine Weile blieb er im Zweifel stehen, und sahe bald diesen bald jenen der Rufenden bedachtsam an, endlich entschied er zu Gunsten seines alten Herrn, und lief in vollen Sprüngen, ohne des Lockens des Fremden weiter zu achten, auf jenen zu: hierauf sprach der Richter den Hund meinem Bekannten zu, bis dahin, daß der Fremde würde dargethan haben, den Hund auf eine rechtliche Art erworben zu haben.

*a*) §. 15. I. de Rer. D. v.

*b*) c. l. §. 84.

*c*) Dissert. de origine et virtute juris non scripti.

## §. 12.

### Die Richtschnur oder Regel, welche aus ähnlichen Handlungen entstanden ist.

Oft bezeichnet der Ausdruck Gewohnheit die **Richtschnur** oder die **Regel**, welche aus gleichförmigen willkürlich vorgenommenen Handlungen entstanden ist; daher wenn in einem Testament etwas auf eine undeutliche Art verordnet worden, verweisen uns die Gesetze, um den Zweifel zu heben, sehr weislich auf die Gewohnheit des Testierers oder der Provinz, Stadt, u. s. w., worin derselbe bei Errichtung seiner letzten Willensmeinung gelebt hat: Quod vero quis obscurius in Testamento vel nuncupat vel scribit, an post solennia explanare possit, quaeritur . . . . . . utique placeret, Conjectionem fieri ejus quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex *Consuetudine Patris familias vel Regionis a)*; si Numerus Nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati: ante omnia *ipsius Patris Familias Consuetudo, deinde Regionis, in qua versatus est, exquirenda est b)*. Hier kann also unter Gewohnheit anders nichts verstanden werden, als die eigene Art, worin sich entweder der Testierer auszudrücken, oder in ähnlichen Fällen zu verfahren pflegte.

Gesetzt, ein Testierer vermache jemand Alimenten, ohne genau zu bestimmen, worin dieselbe eigentlich bestehen sollen, hier muß vor allem untersucht werden, ob nicht der Testierer annoch bei seinen Lebzeiten vielleicht gar der nemlichen Person oder auch andern Alimenten habe zukommen lassen, und dieses muß zur Norm der nun aus dem

Testament zu prästirenden Alimenten angenommen werden, wäre es auch nur ein einzigesmal geschehen; hat aber der Testierer einer solchen Person zu verschiedenen Malen Alimenten angedeihen lassen, so wird die Art, welche die nächste vor seinem Tode war, hier die Richtschnur geben müssen: Sed si Alimenta, *quae vivus praestabat*, reliquerit: ea demum praestabuntur, quae Mortis Tempore praestare solitus erat; quare si forte varie praestiterit, ejus tamen Temporis Praestatio spectabitur, quod proximum Mortis ejus fuit. Quid ergo; si cum testaretur, minus praestabat, plus Mortis Tempore, vel contra? adhuc erit dicendum, eam Praestationem sequendam, quae novissima fuit, sagt Ulpian *c*).

Das eben Vorgetragene findet auch eine völlige Anwendung in den Fällen, wo Hausherren durch ihre Kinder, Dienstboten, Schneider und andere derartige Personen Waaren auf Borg ausnehmen zu lassen pflegen; denn würde der Hausherr wegen in seinem Namen von derartigen Personen ausgenommenen Waaren von einem Kaufmanne belangt werden, so könnte ihn die Einrede, daß er gemeldete Leute dazu nicht beauftragt habe, wenig schützen, sobald der Kaufmann auch nur einen einzigen Fall beweisen könnte, wo der Beklagte durch solche Personen Waare ohne baare Bezahlung von ihm hätte ausnehmen lassen *d*).

*a*) L. 21. §. 1. D. qui Testam. fac. poss.

*b*) L. 50. §. ult. D. de Legat. 1.

*c*) L. 14. §. 2. D. de Alim. vel. cib. legat.

*d*) *Berger* Oeconomia Juris L. 1. T. 1. §. 19. Not. 1.

## §. 13.

### Nach dem gemeinen Sprachgebrauch.

Im gemeinen Sprachgebrauch nennt man auch wohl Gewohnheit eine Reihe von willkürlichen Handlungen, welche einige Zeit hindurch nach einer gewissen Regel gleichförmig sind vorgenommen worden; dieser Benennung geben die Reichssatzungen ihren Beifall, wenn sie die Handhabung langwieriger Gebräuche und guter Gewohnheiten empfehlen.

Ich muß aber hier erinnern, daß eine solche aus gleichförmigen Handlungen entstandene Regel darum noch nicht gleich die einer Gewohnheit zukommende Bindungskraft erhalte. Vor allem muß man dahin sehen, ob nur eine oder mehrere einzelne Personen sich willkürlich nach einer solchen Regel gerichtet, oder ob alle dieselbe beobachtet haben; im ersten Falle kann die Regel nicht einmal jene zur ferneren Beobachtung verpflichten, welche eine Zeit hindurch willkürlich ihre Handlungen darnach eingerichtet haben, indem willkürliche Handlungen keine Pflicht zu ihrer Fortsetzung hervorbringen können.

Andere aber kann eine solche Regel in keinem Betrachte zu ihrer Nachahmung und Beobachtung verbinden; indem unter anderen vorgenommene Handlungen einem Dritten keine Verbindlichkeit der Regel nach aufdringen können: inter alios Res gestas aliis non posse Praejudicium facere, saepe constitutum est *a*): es seye dann, daß die Gesetze selbst eine solche Regel, z. B. die Gewohnheit eines Hausvaters, in gewissen Fällen zur Richtschnur der Entscheidung aufstellen. Siehe den vorhergehenden §phen.

Unterdessen ist nicht in Abrede zu stellen, daß ein Richter im Zweifel immer darauf sehen müsse, wie in gewissen Fällen gewöhnlich und von Mehreren verfahren worden, wenn anders nicht die Umstände einen widrigen Willen der handelnden Partheyen im gegebenen Falle darthun: Glück *b*) führt aus der obenangeführten Streitschrift des Crell folgende Stelle an, welche hier am rechten Orte angebracht seyn wird: » Quoties non Animo Constituendi » Regulam aliquid invaluit, quamvis a multis frequenta- » tum sit, vim Consuetudinis et Legis non habebit. Eo » pertinent, quae vel non diu satis, vel non ab omnibus, » sed a multis duntaxat, neque perpetuo similiter, obser- » vata sunt: ut appareat cujusque Arbitrio permissum es- » se, an sequi velit Exemplum reliquorum. Neque ta- » men, quae a plurimis facta sunt, prorsus negligimus in » Judicando. Solent enim, quae plerumque fiunt, quam- » vis non expressa sint, in Dubio praesumi, nisi appareat » diversum placuisse. Ita *Pomponius* tradidit *L.* 3. *D.* » *de reb. Cred.* «

*a*) L. 1. C. int. al. act.

*b*) A. a. O. §. 84.

## §. 14.

### Gewohnheit im eigentlichen Sinne.

Wenn alle eine lange Zeit hindurch ihre Handlungen nach einer gewissen Norm, in der Meinung dazu verbunden zu seyn, vorgenommen haben, und die unten weiter auszuführende Erfordernisse eintreten, so steht endlich die Gewohnheit im eigentlichen Sinne da, welche ei-

ne,

ne, jener des positiven Gesetzes, ähnliche Verpflichtungskraft mit sich führt. Von ihr sagt sehr richtig Cicero *a*): „Consuetudinis Jus esse putatur id, quod Voluntate omnium sine Lege Vetustas comprobavit.

*a*) De invent. Lib. 2. c. 22.

## §. 15.

### Bestimmung der Gewohnheit im eigentlichen Sinne.

Die Gewohnheit im eigentlichen Sinne ist daher ein ungeschriebenes, gesetzliche Kraft habendes Recht, welches der Gebrauch des Volkes, unter vermutheter stillschweigender Genehmigung des Gesetzgebers, eingeführt hat; sine scripto Jus venit, quod Usus approbavit: nam diuturni Mores Consensu utentium comprobati, Legem imitantur *a*). Gellius *b*) heißt sie *tacitum illiteratumque consensum*.

*a*) §. 9. I. de Jure N. G. et C.

*b*) Noct. Att. Lib. 11. Cap. 18.

## §. 16.

### Das bürgerliche Recht heißt in zwiefacher Hinsicht ungeschrieben.

Das bürgerliche Recht (Jus civile) heißt in zwiefacher Hinsicht ungeschrieben (non scriptum): *I.* im Gegensatze auf jenes Recht, welches sofort nach seiner Erlassung in Tafeln eingegraben, und zu eines jeden Kenntniß öffentlich ausgestellt wurde; in welcher Hinsicht die Respon-

sa Prudentum ungeschriebenes Recht hiessen *a*); *II.* im Gegensatze auf alle Gattungen des geschriebenen Rechtes im juristischen Sinne, es seyen solche niedergeschrieben oder auch nur mündlich verkündigt worden: in dieser Hinsicht kann die Gewohnheit allein ein ungeschriebenes Recht genannt werden *b*).

*a*) L. 2. §. 2. D. de Orig. Jur.

*b*) *Muller* ad Struvii Synt. Jur. civ. L. 1. T. 3. n. 18. etc.

## §. 17.

Die Gewohnheit ist Juris und Facti.

Die Gewohnheit in ihrem Daseyn und in ihren Wirkungen betrachtet, ist ein Recht (Juris); aber in Rücksicht auf ihre Einführung, welche lediglich durch Handlungen des Volkes bewirkt werden kann, ist sie Thatsache (Facti). —

*Hunnius ad Treutler.* Vol. 1. Disp. 1. Th. 9. Quaest. 50.

*Andreas Vallensis*, Paratit. Juris Can. L. 1. T. 4. §. 1. n. 3.

# Dritter Abschnitt.

## Eintheilung der Gewohnheit insbesondere.

Die Gewohnheit im eigentlichen Sinne wird von den Rechtsgelehrten in mehrere Gattungen abgetheilt, deren wesentlichste ich hier anführen werde.

## §. 18.

Die Gewohnheit ist eine allgemeine, besondere oder Lokalgewohnheit; specialissima.

Eine Gewohnheit ist entweder in einem ganzen Reiche, im ganzen Staate in Ausübung, und sie ist dann eine allgemeine, durchgehende Gewohnheit, ein allgemeiner Gebrauch und Herkommen (Consuetudo universalis); hierhin gehören z. B. das gemeine Lehnrecht, und andere in den Reichsabschieden und Reichspolizeien bestätigte Gebräuche; oder aber sie erstreckt sich nur auf eine einzelne Provinz, Herrschaft, Stadt u. s. w., und sie heißt eine besondere, Lokalgewohnheit (Consuetudo particularis, localis). Diesen beiden Gattungen fügen noch einige eine *specialissimam* hinzu, welche nur unter gewissen, besonders alten adlichen Familien, hergebracht ist.

*Lauterbach* Coll. Theor. Pract. L. 1. T. 3. N. 31.
*Hermann* System. juris civ. L. 1. T. 3. N. 10.

## §. 19.

Rechteinführende und Rechtauslegende Gewohnheit.

Die Gewohnheit kann ihre Wirkung auf zweierlei Art äussern: *I.* wenn sie eine neue Regel rechtlich vorzunehmender Handlungen einführt; *II.* wenn sie eine Regel, welche ihr rechtliches Daseyn bereits hat, auslegt, und den wahren Sinn derselben entfaltet: jene ist dann eine Rechteinführende (Juris inductiva), diese eine Rechtauslegende Gewohnheit (Juris interpretativa Consuetudo).

Gewohnheit nach dem Gesetz.

Noch eine Art von Rechteinführender Gewohnheit soll jene seyn, welche die Rechtslehrer Gewohnheit nach dem Gesetz (Consuetudo secundum Legem) nennen, und welche in dem gleichförmigen Gebrauch und der Ausübung jenes Rechts bestehen soll, welches bereits durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen jener festgestellt worden, welche die dazu erforderliche gesetzgebende Macht in Händen haben. Da aber auf diese Weise kein neues Recht eingeführt wird, sondern eine solche Gewohnheit vielmehr die Beobachtung des alten Rechtes ist, welche ein vorher erlassenes Gesetz durch die wirkliche Ausübung bestätiget, so kann selbe als besondere Gewohnheitsgattung in keine Wege aufgestellt werden.

*Pehem* Praelect. in Jus Eccles. univ. P. 1. S. 4. C. 3. §. 925. *Pichler* Comp. Jur. Can. Tit. de Consuet. N. 3.

## §. 20.

Rechteinführende Gewohnheit insbesondere, oder ohne Recht.

Die ein neues Recht einführende Gewohnheit begreift entweder die Verbesserung, oder die Abschaffung des vorher herrschenden Rechtes in sich oder nicht: wenn in Ermangelung eines Gesetzes die Gewohnheit ohne Verbesserung und Abschaffung neues Recht einführt, so heißt sie eine Rechteinführende Gewohnheit insbesondere (inductiva in Specie) oder auch ohne Recht (praeter Jus) und wirket auf die Fälle, welche durch die Gesetze nicht entschieden sind.

Verbessernde, abschaffende Gewohnheit — Gewohnheit wider das Recht.

Jene, welche die Verbesserung eines vorherigen Rechtes in sich schließt, heißt verbessernde (correctiva) und die, welche dasselbe abschaft, abschaffende Gewohnheit (Consuetudo abrogativa); diese zwo letztere Gattungen pflegen auch wohl mit einem Namen: Gewohnheit wider das Recht (Consuetudo contra Jus) benannt zu werden.

Pehem a. a. O. §. 926. Pichler a. a. O.

§. 21.

Die Rechteinführende Gewohnheit ist entweder verbindend oder erlaubend.

Die Rechteinführende Gewohnheit als Art betrachtet, ist entweder nur erlaubend (permissiva) oder verbindend (obligans): unmittelbar führt jene kein verbindendes Recht ein, sie erlaubt nur gewisse Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen, welche nach den vorherigen Gesetzen ohne Ahndung nicht konnten vorgenommen oder unterlassen werden; diese aber gebietet oder verbietet, und legt allen Unterthanen die Nothwendigkeit auf ihre Handlungen nach ihrer Vorschrift einzurichten und vorzunehmen.

Pehem a. a. O. §. 927. Pichler a. a. O.

§. 22.

Oeffentliche und Privatgewohnheit.

In Rücksicht ihres Gegenstandes ist die Gewohnheit entweder eine öffentliche (publica) oder eine Privat-

gewohnheit (Consuetudo privata); diese betrift nur die Geschäfte einzelner Bürger; jene die öffentliche und Staatsangelegenheiten.

Mein Vorhaben ist lediglich von der Gewohnheit im Allgemeinen zu sprechen; was bei den besondern Gewohnheiten und Gebräuchen einzelner Kollegien, Innungen u. s. w. Rechtens ist, erfordert eine besondere Abhandlung, welche hier, ohne mich von meinem Zwecke abzuführen, nicht statt finden kann. Thomasius in seiner Abhandlung de Jure Consuet. et Observantia, und Glück a. a. O. §. 88. und folgenden können mit Nutzen darüber nachgesehen werden, ohne derjenigen zu erwähnen, welche diese Materie ex professo abgehandelt haben.

## Zweites Hauptstück.

### Erforderniſſe zur Einführung der Gewohnheit.

Bei der Unterſuchung, welche Erforderniſſe zu der Einführung und der Aufrechthaltung einer Gewohnheit unumgänglich nöthig ſeyen, kömmt es auf folgende Hauptpunkte an: *I.* Die Einwilligung des Geſetzgebers. *II.* Die Zeit. *III.* Die Handlungen. *IV.* Die Vernunftmäßigkeit, und *V.* die Einwilligung des Volkes. Dieſe fünf Haupterforderniſſe will ich in eben ſoviel Abſchnitten nun näher beleuchten.

## Erster Abschnitt.

### Von der Einwilligung des Gesetzgebers.

### §. 23.

#### Im demokratischen Staate.

In einem demokratischen Staate ist der alleinige Wille des Volkes zur Einführung der Gewohnheit gewiß hinlänglich: denn da in einem solchen Staate das Volk die gesetzgebende Gewalt ist, und ein jedes Gesetz nur dadurch verbindende Kraft erlangt, weil es von demselben genehmiget worden; so ist daraus der natürliche Schluß zu ziehen, daß auch jenes verbindende Kraft erlange, was von dem Volke stillschweigend, und ohne in Schriften gebracht zu seyn, bestätiget ist, indem es einerlei ist, ob das Volk seinen Willen durch Stimmung, oder aber durch Thatsachen und Handlungen äussere. Hier kann man mit Julian sagen: nam cum ipsae Leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod Judicio Populi receptae sunt: merito et ea, quae sine ullo Scripto Populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, Suffragio Populus Voluntatem suam declaret, an Rebus ipsis et Factis?

L. 32. D. de LL. *Voet* ad Pandect. L. 1. T. 3. N. 27. *Domat* des Lois civiles Liv. Prelim. T. 1. Sect. 1. N. 11.

## §. 24.

### Im monarchischen Staate.

In einem monarchischen Staate aber, wo die gesetzgebende Gewalt ausschließlich in den Händen des Fürsten ist, kann die Sitte des Volkes nicht anders zur gesetzliche Kraft habenden Gewohnheit erwachsen, als wenn die stillschweigende Einwilligung des Fürsten derselben beitritt, so daß in einem solchen Staate die Vorschrift des Kaisers Konstantin in voller Anwendung eintrift, wenn er *a*) sagt: Consuetudinis Usus ve longaevi non vilis Auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura Momento, ut aut Rationem vincat aut Legem *b*).

Es ist daher auch dafür zu halten, daß Julian in dem angezogenen *L. 32. D. de LL.* jene Zeiten vor Augen hatte, in welchen das römische Volk annoch das Stimmrecht besaß, oder auch jene Rechte, welche zu den Zeiten des Stimmrechts lediglich durch den Gebrauch und die Sitte des Volkes sind eingeführt worden; z. B. die Substitutio Pupillaris, die Querela inofficiosi und andere dergleichen mehr: vielleicht dachte er dabei gar nur an die Rechte der Municipalstädte, welche auch unter den Kaisern ihre Gesetze und Gewohnheiten beibehielten. *c*)

*a*) L. 2. C. quae sit longa Consuet.

*b*) Voet und Domat a. a. O.

*c*) *Vinnius* ad I. L. 1. T. 2. §. 9. N. 2.

## §. 25.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Die in einem monarchischen Staate festgestellten Gesetze können daher keineswegs durch den widrigen Gebrauch des Volkes, spräche auch das graueste Alter für denselben, abgeschaft werden, wenn nicht ein solcher Gebrauch von dem Fürsten stillschweigend gutgeheissen worden. In der That, indem einmal das Volk die ganze gesetzgebende Gewalt auf den Fürsten übertragen hat; da der Natur der Sache gemäß, nur jener die Befugniß hat zu lösen, welcher binden kann, und nur jenem nicht zu wollen zusteht, welcher wollen kann *a*); wie kann einem Unterthan die Eigenmacht zustehen, gegen den Willen des Gesetzgebers, das Joch der Gesetze von sich abzuschütteln *b*)?

Wäre doch nur von einer solchen Gewohnheit die Rede, welche nicht gegen das Gesetz, sondern lediglich auf Fälle, deren rechtliche Bestimmung zur Zeit fehlt, eingeführt werden sollte, dann kommt es gewiß auf die besondere Beistimmung und Wissenschaft des Fürsten so genau nicht an; es würde hier schon genügen, wenn der Fürst einer solchen Gewohnheit nur nicht widersprochen hätte, wäre auch die gegründete Vermuthung da, daß diese Gewohnheit nie zu desselben Kenntniß gekommen sey; und bei diesen Gewohnheiten, welche dem geschriebenen Rechte nicht entgegenstreiten, finden die Verordnungen der *L.* 32 *et* 33 *D. de LL.* ihre Anwendung *c*).

*a*) L. 3. D. de R. J.

*b*) Arg. L. 3. §. 5. D. de Sepulc. viol. *Voet* a. a. O. N. 37.

*c*) *Voet* a. a. O.

## §. 26.

### Die Einwilligung des Gesetzgebers wird vermuthet.

Die stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers wird so lange vermuthet, als derselbe mehrere gleichartige Handlungen ohne Widerspruch geschehen läßt; denn dadurch, daß die Gesetze einer jeden durch die gehörige Erfordernisse unterstützten Gewohnheit gesetzliche Kraft beilegen, willigt der Fürst und Gesetzgeber in die Abschaffung des von ihm erlassenen Gesetzes durch eine solche Gewohnheit stillschweigend ein *a*).

### Welche Einwilligung hinlänglich sey.

Zur Gültigkeit einer Gewohnheit wird daher keine unmittelbare und persönliche Einwilligung des Gesetzgebers erfordert, sondern jene **allgemeine Einwilligung**, welche man auch die **gesetzliche, rechtliche, Realeinwilligung** heist, ist dazu hinlänglich; diese Einwilligung liegt schon in den Gesetzen, welche einer wohlhergebrachten Gewohnheit gesetzliche Kraft ertheilen, und braucht daher bei einer jeden neuerdings vorkommenden Gewohnheit nicht besonders ertheilt zu werden. Gewiß erhält eine jede bürgerliche Verbindlichkeit, also auch die Gewohnheit, ihre Kraft lediglich aus dem Willen des Gesetzgebers; ob nun aber dieser Wille sich unmittelbar und ausdrücklich, oder nur mittelbar und stillschweigend äussere, thut nichts zur Sache, indem in einem wie in dem andern Falle die Wirkung gleich ist; auch könnte fast keine Gewohnheit eingeführt werden, wenn die persönliche Einwilligung des Fürsten dazu erfordert würde, da es immer zu vermuthen steht, daß die meisten Lokalgewohnheiten dem Fürsten unbekannt sind *b*).

Zudem würde durch eine solche persönliche und ausdrückliche Einwilligung die Natur der Gewohnheit gänzlich verändert, und dieselbe in ein positives Gesetz umgeschaffen werden. Zu diesem ganzen Syhen siehe *c*).

Und nach dem eben vorgetragenen, glaube ich, ist die Meinung jener Rechtsgelehrten auszulegen, welche die Nothwendigkeit der Einwilligung des Gesetzgebers hier gänzlich zu verwerfen scheinen *d*).

*a*) Cap. fin. de Consuet. L. 32. sq. D. de LL. L. ult. C. quae sit longa Consuet.

*b*) C. 1. de Constitut. in 6to.

*c*) *Lauterbach* Coll. th. Pr. L. 1. T. 3. N. 32. *Pehem* a. a. O. §. 933. *Thomas*. de Consuet. §. 75. *Greneck* Exam. Jur. Can. Tit. de Consuet. N. 12. *Brunnemann* Repet. Paratitl. Wesenbec. L. 1. T. 3. N. 21. *Schneidewin*. ad I. L. 1. T. 2. §. 9. *Hoepffner* Kommentar. L. 1. T. 2. §. 58. n. 4. etc.

*d*) *Vinnius* ad I. L. 1. T. 4. §. 7.

## §. 27.

### Fortsetzung des vorigen Syhen, woraus diese Vermuthung zu folgern sey.

Die stillschweigende Einwilligung setzet der Regel nach eine Handlung des Einwilligenden zum voraus; da man aber der Natur der Sache gemäß hier nur eine Unterlassung von Handlungen sich denken kann, welche darin besteht, daß der Fürst die Handlungen seiner Unterthanen, welche endlich eine Gewohnheit hervorbringen sollen, ruhig

geschehen läßt, da er doch dieselbe in ihrem Entstehen hätte hemmen können, so wird billig aus der Vielheit solcher gleichförmigen, von dem Volke in ähnlichen Fällen öffentlich vorgenommenen Handlungen, so wie aus der Dauer des Zeitraums, durch welchen dieselbe vorgenommen worden, auf die Einwilligung des Gesetzgebers geschlossen; diese beide Voraussetzungen sind so wirksam, daß die Beistimmung des Fürsten keines anderen Beweises bedarf.

§. 9. I. de Jur. N. G. et C. C. 1. de Constit. in 6to. *Lauterbach* a. a. O.

# Zweiter Abschnitt.

## Von der Zeit.

### §. 28.

**Zur Einführung einer Gewohnheit wird eine lange Zeit erfordert.**

Die Natur der Gewohnheit erheischt es, daß dieselbe allmälig entstehe; hierzu wird nothwendigerweise eine lange Zeit (longum Tempus) erfordert. Dieses ergeht nicht allein aus der Inschrift des Titels im Koder, quae sit longa Consuetudo, sondern auch aus den Benennungen: longaevus Usus, vetustas, inveterata Consuetudo, diuturna, per Annos plurimos observata, inveterato Usu stabilita, antiquitus probata et servata tenaciter u. s. w., welche in den Gesetzen häufig vorkommen.

L. 32. §. 1. L. 33. 35. D. de LL. L. ult. C. quae sit longa Consuet.

### §. 29.

Fortsetzung des vorigen Sphen.

Nicht der Zeitraum eines Augenblickes kann daher der Gewohnheit, so wie dem Gesetze, das Daseyn geben. Ich habe bereits im vorhergehenden Sphen erinnert, daß die Handlungen des Volkes nur allmälig zur Gewohnheit anwachsen können, sie erfordert also zu ihrer Entstehung einen nicht geringen Zeitraum; daher die Regel: Temporaria Permutatio Jus Provinciae non innovat *a*); wobei zu bemerken ist, daß die Gesetze alle das Temporarium nennen, was zwar zu einer und der andern Zeit, doch nicht immer und um auf immer zu währen, geschehen ist *b*).

Gesetzt, auch mehrere gleichförmige Handlungen seyen in einem kurzen Zeitraum gleichaufeinander gefolgt, so kann daraus noch keine Gewohnheit entstehen, indem solche Handlungen in Rücksicht auf die Wissenschaft und die Einwilligung des Gesetzgebers, wegen des engen Zeitraums worin sie vorgenommen worden, nur als eine und die nemliche Handlung anzusehen sind; da aber, wie wir unten zeigen werden, zur Einführung einer Gewohnheit eine einzige Handlung lange nicht hinreicht: so können auch mehrere in einem kurzen Zeitraume rasch aufeinander gefolgte Handlungen keine Gewohnheit bilden.

*a*) L. 123. §. ult. D. de R. J.

*b*) *Gudelin.* Syntagma Reg. Jur. N. 36. et 37.

## §. 30.

**Regel. — Die Zeitlänge läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen.**

Aus dem Vorhergehenden fließt nun zwar folgende unumstößliche Regel: die Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden soll, müssen eine lange Zeit hindurch wiederholt worden seyn; es entsteht aber auch zugleich die wichtige Frage, wie lange Zeit müssen dann die Handlungen wiederholt worden seyn; nach welchem Maaßstabe ist jener Zeitraum zu messen? Eine allgemeine Bestimmung kann nach gemeinen Rechten nicht angegeben werden, obschon wir einen ganzen Titel im Kodex haben, welcher die Aufschrift, quae sit longa Consuetudo, führt: auch der Natur der Sache gemäß, kann die zu Einführung der Gewohnheit nöthige Zeitlänge im Allgemeinen nicht leicht bestimmt werden, indem hier alles auf den Gegenstand der Gewohnheit ankömmt, welcher bald eine kürzere, bald eine längere Zeit erheischt.

Das sächsische Landrecht, 1stes Buch, 29ster Art. hat zwar dieser Schwierigkeit für die Länder, wo sächsisches Recht gilt, durch Festsetzung einer bestimmten Zeitfrist abgeholfen, welches aber Vinnius, meiner Meinung nach, mit Recht tadelt: und ich kann nicht begreifen, wie bewährte Rechtsgelehrte den Wunsch äussern mögen, etwas Bestimmtes durch die Gesetzgebung hierüber festgesetzt zu sehen, da eine solche Bestimmung die auffallendste Widersinnigkeiten zur Folge haben muß.

## §. 31.

### Irrige Meinungen der Rechtsgelehrten über die Zeit.

Ueber wenige Materien sind die ältern Rechtsgelehrten so verschiedener Meinung, als über die Zeit, welche zu Einführung der Gewohnheit erfordert wird; nur sehr wenige betrachten diesen Gegenstand aus dem wahren Gesichtspunkte. *I.* Die Gesetze heissen die Gewohnheit inveterata, longaeva, antiqua, vetusta *a*); im *L.* 23. *C. de S. S. Eccl.* aber bedeutet longaevum einen Zeitraum von hundert Jahren; daraus entstand nun die Meinung, daß zu Einführung einer Gewohnheit hundert Jahre erfordert würden. *II.* Da aber die Gesetze noch öfterer nur einer langen Zeit longi Temporis als zur Einführung einer Gewohnheit nöthig, erwähnen, wie z. B. im Titel des Koder, quae sit longa Consuetudo, so gieng man von jener Meinung ganz ab, und fieng nun an die Gewohnheitsmaterie in Rücksicht auf die Zeit ganz nach den Verjährungsregeln zu beurtheilen, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Pabst sagt, eine Gewohnheit müsse rechtlich verjährt seyn *b*). Die Anhänger dieses Satzes erfordern zu Einführung einer Gewohnheit wider das Civilrecht zehn Jahre unter Anwesenden, und zwanzig unter Abwesenden, und halten dafür, dieses seye die lange Zeit, welche die Gesetze hier erforderten. Da aber eine Gewohnheit durch das Volk und für dasselbe eingeführt wird, und dieses nie für abwesend betrachtet werden kann, so fiel der Zeitraum von zwanzig Jahren unter Abwesenden natürlich weg.

*III.* Andere erheischen daher ohne Unterschied, sowohl

nach

nach bürgerlichem als kanonischem Rechte zehn Jahre, weil sie glauben, daß die hier nöthige lange Zeit in diesem Zeitraum enthalten sey *c*); aber eine lange Zeit longum Tempus bezeichnet auch nicht selten einen Zeitraum von dreißig und vierzig Jahren *d*).

*IV.* Die sogenannte gemeine Meinung erfordert endlich zehn Jahre zu Einführung einer Gewohnheit, welche contra vel praeter jus civile, auch praeter jus canonicum eingeführt werden soll, vierzig Jahre aber contra jus canonicum, und dieses zwar aus dem Grunde, daß eine Gewohnheit, welche dem kanonischen Rechte derogiren solle, gehörig verjährt seyn müsse *e*), zu einer solchen Verjährung aber vierzig Jahre erfordert würden *f*); was aber eine Gewohnheit betrift, welche die Beschmälerung oder gar die Abschaffung fürstlicher Regalien und sonstiger hohen Gerechtsame zur Absicht hat, so soll zu derselben Einführung eine über Menschen Gedenken hinauslaufende Verjährung nöthig seyn.

*a*) L. 32. D. de LL. L. 2 et ult. c. quae sit longa consuet.

*b*) C. ult. de consuet.

*c*) Arg. L. 16. §. 3. D. qui et a quib. manum. L. penult. C. de long. temp. praescript.

*d*) L. 2 et 3 c. de praescript. 30 vel 40 ann. L. 57. D. de Ritu Nupt.

*e*) C. ult. de consuet. C. 3. eod. in 6to.

*f*) Arg. c. 4. 6 et 8 de Praescript.

## §. 32.

### Quelle und Ungrund der im vorigen §phen enthaltenen Meinungen.

Daß die ältere Rechtsgelehrten von der Zeit, welche zu Einführung der Gewohnheit erfordert wird, solche irrige Meinungen hegten, rührte theils daher, daß sie zwischen der Gewohnheit und der Verjährung eine Naturähnlichkeit zu finden glaubten, auch gar jene mit dieser nicht selten verwechselten; theils weil in einigen Texten, besonders des kanonischen Rechtes, von Verjährung der Gewohnheit gesprochen wird: dieses verleitete sie, die Gewohnheit platterdings nach den Regeln der Verjährung zu beurtheilen.

*I.* Was nun den ersten Beweggrund betrift, so ist die Natur der Gewohnheit gewiß sehr weit von jener der Verjährung unterschieden; eine nur flüchtige Gegeneinanderstellung dieser zween Gegenstände wird hinreichen, dieses an den Tag zu legen: 1tens die Verjährung erwirbt dem Privatmanne ein Recht wider einen anderen Privatmann; — die Gewohnheit wirket für und wider alle im allgemeinen. 2tens die Verjährung zernichtet oder überträgt ein Recht, welches einem Anderen zustand; — die Gewohnheit verändert das alte Recht, oder schaft dasselbe ab, oder führt ein neues noch nicht dagewesenes Recht ein. 3tens jene erheischt einen Titel und einen guten Glauben (bonam Fidem); — diese, ohne deren Wirkung nöthig zu haben, entsteht durch eine geraume Zeit hindurch vorgenommene ähnliche Handlungen. 4tens der Endzweck der Verjährung ist den Verjährenden reicher zu machen, indem ihre Bestimmung die Festsetzung des Privateigenthums bezielet, und daher auch Erwerbung des Eigenthums genannt wird; — die Absicht der Gewohnheit ist, ein Recht einzuführen, und

durch ihr Daseyn die Stelle des Gesetzes zu vertreten. 5tens jene, obschon sie auch für das gemeine Wohl arbeitet, begünstiget doch nur denjenigen, welcher durch sich, oder einen anderen den erforderten Gebrauch u. s. w. ausgeübt hat; — diese stößt niemand zurück, und reicht nicht minder dem brauchenden als dem nicht brauchenden die Hand *a*).

*II.* Der zweite Beweggrund ist nicht minder unerheblich: denn, wenn auch in jenen Texten des kanonischen Rechtes, wo von Verjährung der Gewohnheit die Rede seyn soll, wirklich die eigentliche Gewohnheit gemeint würde, so könnte dieses dennoch lediglich von dem durch keine widrige Handlungen unterbrochenen Zeitlauf verstanden werden, welche Ununterbrochenheit zu beiden erfordert wird, keineswegs aber vom Maaße des Zeitraums selbst *b*). Nun wird aber in den angeführten Texten nicht einmal an eine gesetzliche krafthabende Gewohnheit gedacht; sondern es wird bloß von der Ausübung und dem Gebrauch eines durch eine rechtliche Verjährung erworbenen Rechtes gesprochen; wie dieses Gluck a. a. O. §. 86 weitläuftig ausführt.

*a*) *Barbosa* Collect. Doct. in jus Pontif. univ. L. 1. T. 4. c. 11. n. 21. *Voet* a. a. O. n. 29. *Gluck* a. a. O.

*b*) *Pehem* a. a. O. §. 931.

## §. 33.

### Die Bestimmung der Zeit ist dem Ermessen des Richters überlassen.

*I.* In den Gesetzen heißt die Gewohnheit longa, diuturna, inveterata, antiqua, longaeva; durch diese Benennungen wird nach Unterschied ein Zeitraum von zehn, zwan=

zig, dreißig, vierzig auch hundert Jahren bezeichnet; hieraus ergeht es also deutlich, daß zur Einführung einer Gewohnheit nach Unterschied ihres Gegenstandes bald eine längere Zeit erfordert werde, bald eine kürzere genüge.

*II.* Die Gesetze haben die Zeit, welche zu Einführung einer Gewohnheit nöthig ist, im allgemeinen nicht bestimmt.

*III.* Die stillschweigende mit Grunde vermuthete Einwilligung des Gesetzgebers ertheilt der gehörig eingeführten Gewohnheit ihre gesetzliche Kraft.

*IV.* Wenn die Gesetze eine Zeit erfordern, ohne dieselbe zu bestimmen, so ist diese Bestimmung dem richterlichen Ermessen lediglich überlassen, cum Praetor dicit Tempus, nec adjicit Diem, sine Dubio ostendit, esse in Jus dicentis Potestate, quem Diem praestituat. Aus diesen Vordersätzen läßt sich nun der untrügliche Schluß folgern: daß, da die Zeit, welche zur Einführung einer Gewohnheit erfordert wird, in den Gesetzen nicht bestimmt ist, diese Bestimmung dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen ist; welcher sorgfältig alle Umstände der entstanden seynsollenden Gewohnheit prüfen, besonders aber die Natur und die Wichtigkeit des Gegenstandes, worüber die Gewohnheit entstanden, in Betracht ziehen muß, und darnach bald eine längere Zeit erfordern, bald eine kürzere für hinlänglich achten: in Geschäften z. B., welche oft unter dem Volke vorkommen, kann gewiß eher eine Gewohnheit entstehen, als in jenen, welche nur selten vorkommen.

Ueberhaupt aber kömmt hier alles auf die vermuthete

Wissenschaft und die stillschweigende Einwilligung des Fürsten sowohl als des Volkes an; dies ist der Maasstab, wonach die zur Einführung einer Gewohnheit erforderte Zeit gemessen werden muß; daher kann, sobald als auf dieselbe vernünftig geschlossen werden mag, in Rücksicht der Zeit kein Zweifel mehr übrig seyn, und so kann es auch geschehen, daß nach Unterschied des Gegenstandes eine Gewohnheit bald in sechs, sieben und auch wenigeren Jahren eingeführt werden mag; bald ein Zeitraum von zehn, zwanzig, dreißig und noch mehreren Jahren dazu erfordert wird.

L. 1. §. 2. D. de Jure Delib. *König* Princip. Jur. Can. L. 1. T. 4. §. 6. *Gudelin.* Synt. Regul. Jur. N. 39. *Muller ad Struv.* L. 1. T. 3. N. 20. Litt. ζ. *Pehem* a. a. O. §. 931. *Lauterbach* a. a. O. n. 35. *Hunn.* Variar. Resol. Jur. civ. L. 1. Tract. 1. Quaest. 28, et *ad Treutler.* Vol. 1. Disp. 1. Th. 9. Q. 57. *Brunnem.* a. a. O. N. 29. *Pichler* a. a. O. N. 7. *Grotius* de Jur. B. et P. L. 2. c. 4. n. 5. *Vinnius* a. a. O. N. 4. *Voet* a. a. O. N. 29. *Gluck* a. a. O. §. 86. N. 4. etc, etc.

# Dritter Abschnitt.

## Von den Handlungen.

### §. 34.

**Zu Entstehung der Gewohnheit werden wiederholte Handlungen erfordert.**

Zu Entstehung der Gewohnheit werden Handlungen des Volkes erfordert; diese Handlungen müssen aber so be-

schaffen seyn, daß aus denselben auf die Einwilligung des Fürsten und des Volkes mit Grund geschlossen werden könne: hierzu genüget nicht, daß die Handlungen ihrer Art nach wohl zur Wissenschaft des Fürsten und des Volkes kommen konnten; sondern es muß auch mit Grund vermuthet werden können, daß dies wirklich geschehen seye. Diese Wahrscheinlichkeit kann aber nur durch die Wiederholung solcher Handlungen bewirkt werden; zu Entstehung der Gewohnheit wird also eine Wiederholung von Handlungen (Reiteratio Actuum) erfordert *a*); daher die Ausdrücke, eine hergebrachte, geübte Gewohnheit, welche bedeuten, daß eine Gewohnheit durch Gebrauch, Handlungen, Beispiele bestätiget seyn müsse *b*). Ferner wird erfordert, daß die Handlungen so oft wiederholt worden seyen, daß daraus auf die Beistimmung des Gesetzgebers und die Einwilligung des Volkes geschlossen werden könne *c*).

*a*) L. 1 et 2 c. quae sit longa cons.

*b*) Dist. 1. c. 5.

*c*) Hellfeld Jurispr. For. L. 1. T. 3. §. 86.

## §. 35.

### Aus einer einzigen Handlung kann nie eine Gewohnheit entstehen.

*I.* Aus einer einzigen Handlung, wäre dieselbe auch noch so öffentlich und volkskündig vorgenommen worden, und währete sie auch einen gewissen Zeitraum hindurch, kann nie eine Gewohnheit entstehen, nam aeque contradictorium esset, sagt Thomasius, quod unus Actus faciat Consuetudinem, ac contradictorium esset, si unam Vocem

vellemus Harmoniam appellare: und wirklich, aus einer solchen einzelnen Handlung kann nie auf die Wissenschaft des Fürsten geschlossen werden; gesetzt auch, diese Handlung seye wirklich zu dessen Kenntniß gelangt, so könnte jedoch noch nicht auf seine Einwilligung geschlossen werden; indem es ja leicht seyn kann, daß der Fürst nur aus dem Grunde diese Handlung nicht gerügt und ähnlichen nicht durch ein verbietendes Gesetz in die Zukunft gesteuert hat, weil er hofte, seine Unterthanen würden aus eigenem Triebe künftighin sich ähnlicher Handlungen enthalten.

Es hat zwar seine Richtigkeit, daß dem Gesetzgeber obliegt, Handlungen seiner Unterthanen, welche seinem, das Wohl des Staates bezweckenden, Willen entgegenstehen, durch verbietende Gesetze Einhalt zu thun; wenn man aber dabei in Erwägung zieht, daß dieses nur erst alsdann zweckmäßig geschehen könne, wenn bereits mehrere ähnliche Handlungen den Hang der Unterthanen zu solchen dem höchsten Willen widerstrebenden Unternehmungen verrathen; so wird man nicht verabreden können, daß nur aus der Widerholung mehrerer Handlungen auf die Beistimmung des Gesetzgebers mit Fug geschlossen werden könne. Engel *a)* scheint zwar der Meinung zu seyn, daß eine Handlung, welche immerwährend oder auch eine lange Zeit hindurch fortdaure, zu Einführung einer Gewohnheit hinreiche; er beruft sich auf das bereits von Cäpolla aufgestellte Beispiel einer über einen öffentlichen Fluß erbaueten Brücke: immerhin mag aus einer solchen Handlung, wenn die gehörige Verjährung ihr unter die Arme greift, ein Recht für denjenigen erwachsen, welcher sie vorgenommen hat; dieses Recht tritt aber in die Klasse der errungenen Dienstbarkeiten ein, und

kann in keinem Betracht mit der Natur unserer Gewohnheit etwas gemein haben *b*).

*a*) Coll. Th. Pract. Tit. de Consuet. N. 8.

*b*) *Schilter* Prax. Jur. Rom. Exercit. 2. §. 16.

## §. 36.

Die Bestimmung der nöthigen Anzahl von Handlungen ist dem Ermessen des Richters überlassen.

*II.* Aus einer einzelnen Handlung kann keine Gewohnheit entstehen, es werden daher zu derselben Einführung mehrere Handlungen erfordert; wie viele? ist durch die Gesetze nicht festgesetzt, kann auch nie im allgemeinen bestimmt werden; also auch diese Bestimmung ist dem vernünftigen Ermessen des Richters anheim gestellt *a*). In vorkommendem Falle liegt es daher dem Richter ob, die Natur dessen sowohl, was die Gewohnheit zum Gegenstand hat, als der Handlungen selbst auf das genaueste zu untersuchen, und diesem vorgängig, in Erwägung zu ziehen, ob gedachte Handlungen der gegründeten Vermuthung nach zur Wissenschaft des Fürsten und des Volkes, oder wenigstens des größten Theils desselben können gekommen seyn; denn es genügt hier keinesweges, daß nur einigen aus dem Volke diese Handlungen bekannt waren, sondern mehrere aus dem Volke müssen solche, ohne Widerspruch der übrigen, vorgenommen haben; probatis his, quae in Oppido frequenter in eodem Controversiarum Genere servata sunt, Causa cognita statuet *b*).

Besonders aber muß der Richter hierbei in Betracht ziehen, daß es sehr verschiedenartige Gewohnheiten gebe, de-

ren einige mehrere, andere wenigere Handlungen erfordern; denn es giebt Handlungen, welche so beschaffen sind, daß sie nur selten vorgenommen werden können, und daher wegen ihrer Seltenheit, auch anderen Auffallenheiten die Aufmerksamkeit aller in einem hohen Grade rege machen müssen; derartige, obschon nur selten vorgenommene, Handlungen müssen allerdings eine nicht mindere Wirkung hervorbringen, als eine größere Anzahl von Handlungen unter anderen Umständen *c*).

*a*) Arg. L. 1. 2. D. de Jur. delib. *Lauterbach* a. a. O. N. 36. *Muller* a. a. O. n. 20. Litt. E. *Voet* a. a. O. N. 29. *Hoepffner* Kommentar. L. 1. T. 1. §. 58. n. 3. *Gluck* a. a. O. §. 86. N. 1.

*b*) L. 1. C. quae sit long. cons. L. 3. C. de aedif. priv. *Engel* a. a. O.

*c*) *Gluck* a. a. O.

## §. 37.

### Zwo Handlungen sind den Rechten nach nicht hinlänglich. — Praxis.

*III.* Daß aber auch zwo Handlungen hier noch nicht genügen, ergiebt sich sehr deutlich aus dem *L.* 1 *et* 3 *c. de aedif. priv.*, welche verordnen, daß nach demjenigen gesprochen werden solle, was oft, frequenter in ähnlichen Fällen beobachtet worden; daß diese beide Gesetze Theile seyen einer und der nehmlichen Verordnung, erhellet aus derselben Auf- und Unterschrift.

Der *L.* 12. *D. de Testib.* streitet gar nicht wider diese unsere Behauptung; denn, wenn man auch zugiebt, daß

da, wo die Gesetze eine vielfache Zahl erheischen, ohne dieselbe jedoch zu bestimmen, die Zahl von zwei hinlänglich seye, so kann doch dieses keineswegs auf die Anzahl der zu Einführung einer Gewohnheit nöthigen Handlungen ausgedehnt werden, wozu nicht schlechtweg eine vielfache Zahl, sondern eine Häufigkeit, Frequentia, von Handlungen erfordert wird *a*). Zudem wird in dem angeführten *L.* 12. c. nicht einmal an eine Gewohnheit gedacht, sondern es ist darin lediglich von dem Beweise durch Zeugen die Rede; und wenn man nun noch dazu den himmelweiten Unterschied betrachtet, welcher zwischen dem Beweise durch Zeugen und der Gewohnheit selbst obwaltet, so kann gewiß niemand, ohne sich lächerlich zu machen, von der Anzahl der zu einem völligen Beweise erforderten Zeugen, auf die Anzahl von Handlungen, welche die Einführung einer Gewohnheit erheischt, einen Schluß machen *b*). Aber auch dieses ist, meines Dafürhaltens, dem richterlichen Ermessen zu überlassen, so wie alles, welches in den Rechten nicht bestimmt ist *c*). Obschon nun mehr als zwo Handlungen durch die Gesetze zu Einführung einer Gewohnheit erfordert werden, so glauben doch mehrere angesehene neuere Rechtsgelehrte, daß nach der Praxis auch zwo Handlungen genug seyen, im Falle nicht mehrere zu haben seyn möchten, dieselbe völlig bewiesen werden können, und in ganz langer Zeit keine widrige Handlung vorgenommen worden *d*). Daß diese Meinung in Rücksicht auf gewisse Fälle und Umstände gegründet seye, will ich nicht in Abrede stellen; im Allgemeinen aber können zwo Handlungen hier nie zureichen, was man auch von Praxis sprechen mag.

*a*) L. 1. C. quae sit long. cons. L. 3. c. de aedif. priv. *Voet* a. a. O. *Thomasius* de consuet. §. 18.

b) *Gluck* a. a. O.

c) Arg. L. 1. §. ult. D. de Jur. delib. L. 9. c. de bonis auct. Jud. possid. *Vinnius* a. a. O. N. 4.

d) *Carpzov*. Jurispr. For. P. 2. c. 3. def. 22. N. ult. *Lauterbach* a. a. O. N. 36. *Muller* a. a. O.

§. 38.

Die Handlungen müssen einförmig und ununterbrochen seyn.

Die Häufigkeit der Handlungen vermag nicht anders eine Gewohnheit hervorzubringen, als wenn dieselbe einförmig, und ununterbrochen (Actus uniformes et continui) sind, das heißt, jene Handlungen müssen immer auf eine und die nemliche Art vorgenommen worden und sich ähnlich geblieben seyn, so daß keine unähnliche oder widrige Handlung die Kette davon unterbrochen habe. Denn sobald als Abweichungen, oder wohl gar Abänderungen vorkommen, und mehreren gleichförmigen und ähnlichen Handlungen, andere unähnliche oder wohl gar entgegengesetzte untermischt worden, mithin gefunden wird, daß in dieser Rücksicht bald dieses, bald etwas anders beobachtet worden seye, so kann gewiß aus solchen unähnlichen Handlungen keine rechtliche Gewohnheit hergeleitet werden, indem daraus auf die zu Einführung einer Gewohnheit nöthige Einwilligung des Volkes in keine Wege geschlossen werden kann *a*); eine solche Unähnlichkeit und Abänderung von Handlungen zeugt vielmehr von der freien Befugniß, welche einem jeden zusteht, in solchen Fällen nach Willkür zu handeln oder zu unterlassen; eine Verbindlichkeit kann dabei nicht gedacht werden, vielweniger kann eine Reihe derartiger unähnlichen Handlungen eine Gewohnheit genannt werden *b*).

Zudem kann aus einer Anzahl ähnlicher Handlungen, welche aber durch unähnliche und widrige Handlungen unterbrochen worden sind, gar nicht auf die Beistimmung des Fürsten geschlossen werden; indem derselbe vielleicht nur darum der aus den ähnlichen Handlungen, auch wider seinen Willen, in ihrer Entstehung begriffenen Gewohnheit durch kein verbietendes Gesetz vorgebeugt hat, weil er aus den erfolgten widrigen und unähnlichen Handlungen vermuthete, daß die Unterthanen von sich selbst dem ersten in den ähnlichen Handlungen enthaltenen Verfahren entsagt haben.

*a*) Arg. L. 38. D. de LL.

*b*) *Thomas.* a. a. O. §. 19. *Voet* a. a. O. N. 31.

## §. 39.

### Eine einzige unähnliche Handlung hemmet die entstehende Gewohnheit.

Auch eine einzige unähnliche oder widrige Handlung ist hinreichend, um die Reihe ähnlicher Handlungen zu unterbrechen, aus welchen eine Gewohnheit entstehen sollte; auch nur eine einzige solche Handlung ist daher auch vermögend, die Gewohnheit in ihrer Entstehung zu hemmen *a*): in diesem Falle steht demjenigen, welcher sich auf derartige unterbrochene Handlungen stützet, die Einrede der unterbrochenen Gewohnheit entgegen *b*). Wird daher gefunden, daß das Volk in seinem Gebrauch mannigfaltig gewesen, so kann darauf nicht geachtet werden, sondern die positiven Gesetze müssen alsdann der Regel nach die Entscheidung geben *c*).

*a*) Arg. L. fin. c. quae sit long. consuet. *Lauterbach* a. a. O. N. 39.

b) *Böhmer* introd. in Jus Digest. L. 1. T. 3. N. 20.

c) *Lauterbach* a. a. O. *Hoepffner* a. a. O.

## §. 40.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Unterdessen darf man nicht gleich bei Entdeckung einer unähnlichen oder widrigen Handlung die Entstehung der Gewohnheit verwerfen; vorerst muß man sorgfältig untersuchen, ob die unähnliche Handlungen gleich zu Anfang, oder gegen die Mitte, oder vielleicht gar erst nach bereits entstandener Gewohnheit vorgenommen worden seyen: im ersten Falle läßt sich leicht denken, daß das Volk in seinen Handlungen sich nicht gleich seyn konnte, indem die einzuführende Gewohnheit demselben noch nicht gleich bekannt war, und einer dieses, der andere jenes für Schuldigkeit hielt; hier können jene Handlungen der zuentstehenden Gewohnheit kein Hinderniß seyn, wenn nur nachher eine genugsame zu Einführung derselben erforderte ununterbrochene Kette ähnlicher Handlungen erfolgt ist.

Im zweiten Falle aber ist auch nur eine einzige unähnliche Handlung, welche gegen die Mitte der Zeit, wo die Gewohnheit in ihrem Entstehen begriffen war, die Reihe ähnlicher Handlungen, wodurch dieselbe eingeführt werden sollte, unterbrochen hat, hinlänglich, um die Gewohnheit in ihrer Entstehung gänzlich zu hemmen. Denn eine solche eingemischte unähnliche oder widrige Handlung vereitelt und zernichtet alle vorhergegangene ähnliche Handlungen, so daß dieselbe nachher in gar keinen Betracht mehr gezogen werden können, und bloß auf die nach der unähnlichen

Handlung wieder vorgenommene ähnliche Handlungen geachtet werden darf.

Im lezten Falle endlich, wenn die Gewohnheit einmal rechtlich eingeführt, mit gesetzlicher Kraft dasteht, so können die nachher unternommene widrigen Handlungen derselben nicht entgegen stehen; sie sind vielmehr als nichtig und ohne Wirkung anzusehen; es seye dann, daß die, gegen die bereits eingeführte Gewohnheit, unternommene Handlungen, wieder eine genugsame Anzahl von ähnlichen, ununterbrochenen, der vorigen Gewohnheit widersprechenden Handlungen darstellen, welche zu Einführung einer neuen Gewohnheit hinreichen; dann muß natürlich die vorige Gewohnheit dieser den Platz räumen.

*König* Princip. Jur. Can. L. 1. T. 4. §. 4. n. 5.

## §. 41.

### Weitere Fortsetzung des 39sten Sphen.

Pufendorff in seinen *Observ. juris univ. T.* 1. *Observ.* 26 führt ein Praejudicium des Oberappellationsgerichts zu Zelle an, welches den Punkt der Einförmigkeit und der Ununterbrochenheit der Handlungen sehr beleuchten wird. Ich will die eigene Worte des großen Mannes hiehersetzen: »Coenobium quoddam contra Praefectos Principis »demonstrabat, sibi ex Contractu quodam olim cum Prin-»cipe celebrato Jus esse, certum Numerum Suum quot-»annis, cum Glandium copia esset, wenn Mastung »vorhanden, saginandi causa in Silvam immittere. »Contra autem Praefecti Principis contendebant, ex Usu »et Observantia Pactionem eam itâ explicandam esse, ut

» definitus Numerus tantum in plenissima Glandium co- » pia, quae Vollmast dicitur, obtineret, alias, prout » cujusque Anni Copia ferret, Numerum merito deter- » minandum esse, ut dimidiata Copia dimidium duntaxat » Numerum Suum reciperet, et sic deinde Ratio iniretur. » Curia Provincialis Cellensis pronuntiaverat, oportere » Praefectos eum Usum, daß ein solches zwischen ihnen „und dem klagenden Kloster hergebracht, probare. » Quo facto Praefecti Probationem instituerunt. Sed tan- » tum abfuit, ut Similitudinem Actuum et Usus ostende- » rent, ut potius manifesto intelligeretur, nulla omnino » Regula et Proportione habita secundum solam Volunta- » tem et Arbitrium Praefectorum, prout his placuerit, » Coenobium admissum esse. Et poterat quidem videri, » Praefectos hoc modo plus quam Consuetudinem probasse. » Sed quoniam Determinatio ista ex solo Praefectorum Ar- » bitrio profecta Usum et Consuetudinem nullam induxit, » et potius omnino Pactioni contraria intelligenda erat, » in summo Tribunali Cellensi contra Praefectos judica- » tum est in hunc modum: Demnach nunmehro in Sachen „Anwalds des Klosters Walsrode, Klägers und Appellan- „ten an einem, wider den Anwald des dasigen Amts Be- „klagten und Apellaten am anderen Theile .... als wird „zu Recht erkannt: alldieweilen der Appellat das übernom- „mene Probandum, gestalten die Mast vorhin nach dersel- „ben Beschaffenheit, und wie die Proportion der 32 Stück „zur vollen Mastzeit es erfordert, dem Kloster zugetheilt „worden, wie sich zu Recht gebührt, nicht erwiesen, viel- „mehr aus dessen eigenen zum Beweisthum übergebenen „Anlagen das Gegentheil, und daß das Amt darunter „nach eigenem Gefallen und Gutdüncken disponiret, klärlich

„erscheinet, ein solches aber so wenig mit demjenigen, was „demselben zu erweisen, rechtskräftig auferlegt worden, „als dem Eventualiter agnoscirten Recesse von 1629 über„einstimmet, daß nunmehro übel gesprochen, wohl appellirt „etc. etc. Publ. im Oberappellations-Gericht Zelle den 18 „Martii 1741."

§. 42.

Willkür.

Die Handlungen, durch welche eine Gewohnheit eingeführt seyn soll, müssen willkürlich und ohne Zwang unternommen worden seyn; Handlungen, welche die Furcht oder gar die Gewalt erpreßt, oder Unwissenheit und Irrthum hervorgebracht haben, sind unwillkürlich und können keine Wirkung haben, vielweniger ein Recht oder eine Gewohnheit hervorbringen; zudem kann aus solchen Handlungen unmöglich auf die Einwilligung des Volkes geschlossen werden: denn es läßt sich moralisch nicht vermuthen, daß Handlungen, welche die Frucht des Zwanges und der Furcht sind, in der Absicht unternommen worden seyen, um eine Gewohnheit dadurch einzuführen, sondern vielmehr nur um das Uebel abzuwenden, welches die Widersetzlichkeit zur Folge hätte haben können; eben so sind Handlungen, welche Unwissenheit und Irrthum zum Grunde haben, für ganz unwillkürlich anzusehen, und nichts ist der Einwilligung so entgegengesetzt als Irrthum und Unwissenheit: quid enim tam contrarium consensui est, quam Error, qui imperitiam detegit? non videntur, qui errant, consentire.

Sobald sich daher ergiebt, daß eine Gewohnheit aus Furcht oder Zwang, Unwissenheit oder Irrthum unternom-

me-

menen Handlungen ihr Daseyn zu verdanken habe, so hört alles Recht auf, welches sonst einem Jeden nach einer solchen vermeintlichen Gewohnheit zu verfahren zustand, nihil consensui tam contrarium est, qui a bonae Fidei judicio sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos Mores est.

*L.* 15. *D. de Jurisd.* *L.* 116. *D. de R. J.* *Lauterbach* a. a. O. N. 37. *Böhm.* a. a. O. *Pehem* a. a. O. §. 932. *König* a. a. O. §. 4.

## §. 32.

### Nothwendigkeit.

Die Handlungen müssen in der Meinung einer Schuldigkeit und mit dem Sinne der Verbindlichkeit unternommen worden seyn, weil sonst die bekannte Regel eintritt: in Actibus merae et liberae Facultatis non inducitur consuetudo vel Praescriptio *a*); Handlungen freier Willkür (Actus merae Facultatis) sind jene, mit deren Vornehmung oder Unterlassung nicht einmal eine nur in der Meinung gegründete rechtliche Verbindlichkeit, vielweniger eine Nothwendigkeit verknüpft ist, mithin dieselbe nach eines jeden unbeschränkten Wohlgefallen vorgenommen oder unterlassen werden mögen *b*).

Daher kann aus noch so häufigen ähnlichen Handlungen keine Gewohnheit entstehen, so oft mehrere Unterthanen aus freiem Willen einer rechtlichen Befugniß entsagen, welche die gemeine Gesetze denselben zusichern, z. B. einer nicht mit den erforderten Rechtsförmlichkeiten abgefaßten Urkunde Glauben beimessen und derselben willfahren, oder

einem mächtigen Gegner, z. B. dem Fiscus, welcher eine Erbschaft, als eine herrnlose Nachlassenschaft in Anspruch nimmt, nachgeben; oder aus Abscheu vor Prozesse, auch einer andern Ursache sich freundschaftlich mit ihrem Gegner vertragen und einen Vergleich eingehen, u. s. w., wenn nicht anderweit die Genehmigung und fast stillschweigende Vereinigung sämmtlicher Bürger, wie der *L.* 35. *D. de LL.* sich ausdrückt, kann dargethan werden.

Denn alle jene Unterthanen können durch ihre aus eigenem Triebe unternommene Handlungen nicht bewirken, daß nun auch andern ihren Rechten zu entsagen verbunden wären; es tritt vielmehr in diesem Falle die Regel ein, daß das, was unter andern Einwilligenden vorgegangen ist, jene nicht benachtheiligen könne, welche widersprechen und ihr Recht behaupten wollen *c*).

*a*) Arg. L. 2. D. de via pub. ei itin. pub. refic.

*b*) *Engel* a. a. O. N. 9. *Höpffner* a. a. O.

*c*) L. 1. 2. C. inter al. act. *Voet* a. a. O. N. 31. *Böhm.* a. a. O. *G. L. Böhmer* Princip. J. Can. L. 2. sect. 3. T. 5. n. 231.

## §. 44.

### Fortsetzung des vorigen §phen.

Nicht selten ist es sehr schwer zu entscheiden, ob die Handlungen aus eigener Willkür, oder aus Meinung der Verbindlichkeit geschehen seyen; um dieses zu ergründen, muß der Richter die Natur der Handlungen, so wie den Beweggrund, welcher die Gewohnheit hervorgebracht, sorgfältig prüfen; dann die Zeit, welche hindurch die Gewohn=

heit in Uebung gewesen, in Erwägung ziehen; zusehen, ob derselben nicht hier und da, und mit welcher Wirkung, widersprochen worden seye; endlich sein Augenmerk auf die gerichtliche Entscheidungen richten, welche die Gewohnheit zum Grunde haben.

Auch stellen einige Rechtsgelehrten folgende drei Regeln auf, um diese Entscheidung zu erleichtern: *I.* ist der Gegenstand der Gewohnheit und die damit vereinte Verbindlichkeit dem Wohl des Staates sehr ersprieslich; *II.* ist die Gewohnheit schon sehr alt und schon so geartet, daß derselben Befolgung mit Schwierigkeit verknüpft seye; *III.* hat die Obrigkeit die Uebertreter getadelt, oder wohl gar bestraft; so ergienge daraus die Vermuthung, daß die Handlungen in einer Meinung von Verbindlichkeit unternommen worden seyen.

Jedoch ist es einleuchtend, daß hierüber nichts bestimmtes gegeben werden könne, und daß auch hier das vernünftige Ermessen des Richters alles thun müsse.

L. 1. C. quae sit longa consuet. *Glück* a. a. O. §. 86. n. 4.

## §. 45.

### Oeffentlichkeit.

Oeffentlich nicht im Geheimen müssen die Handlungen seyn; dieselben müssen ja so geartet seyn, daß auf die Wissenschaft und die Einwilligung des Fürsten und des Volkes geschlossen werden mag. Diese Vermuthung kann aber nur bey öffentlichen Handlungen eintreten; was im Verborgenen vorgeht kann dem Fürsten und dem Volke nur selten bekannt werden, auch nur selten den Verdacht des Be-

trugs von sich ablehnen: aus heimlichen Handlungen also kann keine Gewohnheit entstehen, sondern nur aus öffentlich vorgenommenen Handlungen, welche nicht einigen wenigen allein, sondern allen aus dem Volke physisch bekannt werden konnten.

L. 33. D. de V. S. *Lauterbach* a. a. O. N. 38. *Müller ad Struv.* a. a. O. *Glück* a. a. O. §. 86. N. 6.

## §. 46.

### Außergerichtliche Handlungen genügen.

Das Volk kann seinen Willen auf eine zwiefache Art äussern, unmittelbar, durch eigene aussergerichtliche Handlungen, und mittelbar durch gerichtliche Handlungen.

Es ist aber einerlei, durch was für Handlungen diese Aeusserung geschehe, eine Gewohnheit kann eben so wirksam durch aussergerichtliche, als durch gerichtliche Handlungen eingeführt werden: diese Behauptung gründet sich auf den wahren Sinn der Gesetze, die Meinung fast aller Rechtsgelehrten, und die reichskammergerichtliche Praxis; die Gewohnheit bedarf keiner gerichtlichen Bestätigung *a*).

Der *L.* 38. *D. de LL.* beweist schon klar, daß aussergerichtliche Handlungen hier genügen, indem darin die Gewohnheit, als etwas von den gerichtlichen Handlungen, und der Reihe von ähnlich entschiedener Sachen ganz verschiedenes aufgestellt wird, denn der Kaiser sagt: consuetudo, aut series rerum similiter Judicatarum Vim Legis habet; diese Verordnung würde ins Unsinnige greifen, wenn eine Gewohnheit nur durch gerichtliche Handlungen und rechtskräftige Urtheile eingeführt werden könnte.

Und da zu Einführung eines Gesetzes der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers hinlänglich ist, ohne des Richters Ansehen vonnöthen zu haben; so ist keine Ursach einzusehen, warum dasselbe zur Erklärung der mit Grund zu vermuthenden stillschweigenden Einwilligung desselben bei der Gewohnheit als Nothwendigkeit erfordert werden sollte: zumalen, da in keinem Gesetze gerichtliche Handlungen als unumgängliches Requisit zu Einführung einer Gewohnheit aufgestellt werden. Wie, wenn das durch die Gewohnheit eingeführte Recht gewiß war, daß Niemand sich getrauete, die richterliche Hülfe dawider anzurufen, sollte ein solches Recht nicht eben so viel Ansehen haben, als jenes, welchem schon vor Gerichte widersprochen worden ist.

Arg. L. 36. D. de LL. *Gail* L. 2. obs. 31. N. 8. *Vinnius* a. a. O. N. 4. *Mascard.* de Probat. concl. 427. *Voet* a. a. O. N. 30. *Lauterbach* a. a. O. N. 40. *Pehem* a. a. O. N. 932. *Hoepffner* a. a. O. *Glück* a. a. O. N. 7.

## §. 47.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Der *L. 34. D. de LL.* hat einige Rechtsgelehrte auf den Gedanken gebracht, daß zu Einführung einer Gewohnheit gerichtliche Handlungen als nothwendiges Requisit erfordert würden; eine nähere Prüfung dieses Gesetzes wird den Ungrund dieser Behauptung darthun.

*I.* Im angezogenen Gesetze sagt **Ulpian**: cum de consuetudine civitatis vel Provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam *Contradicto* (richtiger Contradicta) *aliquando Judicio consuetudo firmata sit.* Die getreue Umschreibung dieses

Gesetzes ist folgende: Will jemand den Grund seiner Klage oder seiner Einreden aus einer Gewohnheit herleiten, und untersuchen, ob er mit gutem Erfolge sich darauf berufen könne, im Falle, daß sein Gegner das Daseyn dieser Gewohnheit verabredete; so muß er vor allem dahin sehen, ob nicht schon vorhero diese Gewohnheit im Gerichte angeführt worden sey, und ob nicht der Richter der geführten Einreden ungeachtet nach derselben gesprochen habe, mithin dadurch jene Gewohnheit in Contradictorio bestätiget worden seye.

*II.* Die Worte müssen so genommen werden, daß sie einen vernünftigen Sinn abgeben; nun aber enthält die gemeine Leseart Contradicto Judicio gar keinen Sinn, es seye dann, daß das Contradicto Judicio für Contradictorio Judicio genommen werde, und dann ist der Sinn dieses Gesetzes, so wie ich selben eben angeführt habe. Die Richtigkeit der gegebenen Umschreibung erhellet ferner daraus, daß in den ältesten Exemplaren des römischen Gesetzbuchs nicht Contradicto Judicio, sondern Contradicta Judicio gelesen wird; wie dieses unter andern die Antwort des citriensischen Bischofes Joannes beim Leunclavius im Jure Graeco Romano darthut.

*III.* Der ganze Inhalt des *L. 34. D. de LL.* ist also dieser: Will jemand den Grund seiner Klage, oder seiner Einreden aus einer Gewohnheit herleiten, so ist es für ihm am sichersten, dieselbe durch gerichtliche Verfahren und rechtskräftige Urtheile beweisen zu können. Z. B. Titius behauptet, ein vor fünf Zeugen errichtetes Testament seye gültig,

und gründet diese Behauptung auf eine wider das gemeine Recht hergebrachte Gewohnheit; ich sage: Titius wird den sichersten und leichtesten Weg einschlagen, wenn er rechtskräftige Urtheile anführen kann, durch welche ein vor fünf Zeugen errichtetes Testament in Rücksicht der angeführten Gewohnheit für gültig ist ausgesprochen worden.

*IV.* Und in der That, wenn jemand auch nur eine einzige Sache für sich anführen kann, welche nach einer solchen Gewohnheit entschieden worden, so hat er schon dargethan, daß der Richter die Gewohnheit, als gehörig hergebracht, anerkannt habe, folglich kann er selbige in einem ähnlichen Falle nicht leicht verwerfen; denn hat der Richter die Gewohnheit schon einmal anerkannt, so könnte dies nicht anders geschehen seyn, als daß er gefunden, daß sie von allen zu einer gesetzlichen Gewohnheit nöthigen Erfordernissen unterstützt seye: derjenige also, der eine durch rechtskräftige Urtheile bereits anerkannte Gewohnheit für sich anführen kann, bleibt bei dem nemlichen Richter der Regel nach der schweren Last des Beweises, welche ihm sonst aufliegt, überhoben.

*V.* Außerdem kann aus solchen gerichtlichen Handlungen leichter und mit größerer Zuversicht auf die Wissenschaft und die Einwilligung des Fürsten und des Volkes geschlossen werden, und mithin fallen die in dieser Rücksicht mit den andern Beweisarten verbundenen Schwierigkeiten auch hier weg.

*VI.* Aus dem vorgetragenen ergiebt sich schon, daß diejenigen Rechtsgelehrten sehr irren, welche aus dem *L.* 34.

*D. de LL.* herleiten wollen, daß zu Einführung einer Gewohnheit gerichtliche, oder im Gerichte widersprochene Handlungen unumgänglich nöthig seyen. Ulpian spricht kein Wort von Einführung der Gewohnheit in demselben, sondern bloß von derselben Beweise, und nicht einmal in dieser Rücksicht stellt er die Anführung gerichtlicher Handlungen, als wesentliches Erforderniß, er giebt nur an die Hand, daß es rathsam sey, um sich den Beweis zu erleichtern, vor allem zu untersuchen, ob nicht Rechtskräftige Urtheile da seyen, wodurch die angezogene Gewohnheit könne dargethan werden; die übrigen Beweisthümer läßt er einem jeden nach Willkür über, und ist weit entfernt, außergerichtliche Handlungen, wenn die übrige Erfordernisse dieselbe begleiten, zu Einführung einer Gewohnheit unhinreichend zu erklären.

*VII.* Der Rath des Ulpians im *L.* 34. *D. de LL.* verdient gewiß von einem jeden, welcher sich auf eine hergebrachte Gewohnheit stützet, wohl beherzigt zu werden; denn, wenn auch einem obliegt, eine Gewohnheit bei einem andern Richter als jenem, von dem sie bereits durch rechtskräftige Urtheile anerkannt worden, zu beweisen, so braucht er sich doch nur nach dem Gericht zu wenden, wo vorher zu Gunsten der Gewohnheit entschieden worden ist, so werden ihm die gerichtliche Akten einen geschwindern, gewissern und so zu sagen fertigen Beweis der angezogenen Gewohnheit liefern. Fehlt dieses Mittel, so ist dann erst Zeit, den Beweis durch aussergerichtliche Handlungen anzutreten, wenn dieselbe nur gehörig dargethan werden können.

*Cramer*, Observ. Jur. univ. T. 3. Obs. 847. Voet a. a. O.

## §. 48.

### Wieviele gerichtliche Handlungen erforderlich sind.

Gail *a*) behauptet, daß zwo gerichtliche Handlungen verbunden mit einem Zeitlauf von zehn Jahren zum Beweise einer Gewohnheit genügen, und versichert, daß diese seine Behauptung durch die gemeine Meinung unterstützt seye; er setzt jedoch die Einschränkung hinzu, daß dieses nur statt fände, wenn jene zwo gerichtliche Handlungen so offenbar seyen, daß sie aller Wahrscheinlichkeit nach zur Wissenschaft des Volkes gekommen; sonst müsten soviele auch gerichtliche Handlungen beigebracht werden, daß daraus füglich auf die Einwilligung des Volkes möge geschlossen werden. Schilter *b*) glaubt sogar, daß zum Beweise einer Gewohnheit hinlänglich sey, wenn dieselbe einmal im Gerichte anerkannt und nach derselben gesprochen worden ist; doch auch dieses muß dem richterlichen Ermessen überlassen werden. Daß hier unter gerichtlichen Handlungen dasjenige nicht verstanden werden möge, was vor einem Schiedsrichter verhandelt und von demselben entschieden worden ist, bedarf wohl keiner weitern Ausführung *c*).

*a*) L. 2. Obs. 31. N. 7.

*b*) Praxis Jur. Rom. Exercit. 2. §. 21.

*c*) *Consilia Marpurg.* Vol. 4. Cons. 6. n. 78.

## Vierter Abschnitt.

### Von der Vernunftmäßigkeit.

### §. 49.

Die Gewohnheit darf nicht unvernünftig seyn.

Der Begrif von Recht schließt die Vernunftmäßigkeit in sich; die Vernunft ist die Seele des Rechtes, und ein Recht, welches die Grundsätze der Vernunft mit Füßen träte, wäre ein Unding. Die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach, und hat mit ihm einerlei Wirkung; so wie das Gesetz muß also auch die Gewohnheit auf Vernunftmäßigkeit gegründet seyn a).

Daher, was wider alle Vernunft und Billigkeit durch Irrthum eingeführt und aufgekommen, und nachher als Gewohnheit beibehalten worden ist, darf, sobald als die Unvernunftmäßigkeit dieser vermeintlichen Gewohnheit erhellet, in ähnlichen Fällen nicht mehr als Gesetz aufgestellt werden; der Richter darf nicht mehr im Sprechen darauf achten, sondern das ganze muß sofort, als ein dem Staate höchst gefährlicher Sittenverderb, verworfen werden, spräche auch das graueste Alter dafür; denn das, was einmal an und für sich unbillig und ungerecht ist, kann durch das Alterthum nicht als billig und recht angesehen werden: quod vero contra Rationem Juris receptum est, non est producendum ad consequunentias. — Quod non Ratione intro-

ductum, sed Errore primum, deinde Consuetudine obtentum est; in aliis similibus non obtinet. — Male enim adinventa, malaeque Consuetudines, neque ex longo Tempore, neque ex longa Consuetudine confirmantur. — Mala Consuetudo, quae non minus quam perniciosa Corruptela vitanda, nisi citius radicitus evellatur, in Privilegiorum Jus ab improbis assumitur, et incipiunt Praevaricationes et variae Praesumtiones, celerrime non compressae, pro Legibus venerari et Privilegiorum More perpetuo celebrari. —

Consuetudo sine Veritate, Vetustas Erroris est: propter quod relicto Errore Veritatem sequamur b).

a) L. 2. C. quae sit long. Cons. C. 5. Dist. 1.

b) L. 14. et 39. D. de LL. Nov. 134. C. 1. in fin. C. 3. Dist. 8. C. 8. Dist. 8. *Hunnius* ad Treutl. 2. 51. *Gail* L. 2. Obs. 31. n. 12. sq. Lc. Lc.

## §. 50.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Die alten Teutschen waren schon von der Wahrheit dieses Grundsatzes überzeugt, wie dieses ihre Sprüchwörter: hundert Jahre unrecht ist keine Stunde recht — Mißbrauch ist keine Gewohnheit u. s. w. ausweisen a). Hieraus läßt sich auch leicht abnehmen, daß weder die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, noch die Glosse einiges Ansehen behaupten könne, sobald als dargethan ist, daß sie mit der Vernunft und Billigkeit streiten, mithin einen gemeinen Irrthum enthalten b).

Ausserdem kann bei einer unvernünftigen Gewohnheit nie

auf die stillschweigende Einwilligung des Fürsten geschlossen werden; da es gewiß in keine Wege zu vermuthen steht, daß derselbe Grundsätzen, die die Vernunft und das Wohl seines Volkes untergraben, seine Beistimmung habe angedeihen lassen.

a) Eisenhardt Grundsätze der teutsch. Rechte in Sprichw. 1te Abth. N. 8. 9.

b) *Brunnemann* ad Paratit. Wesenb. a. a. O. N. 24. Voet N. 28. 37. und andere.

## §. 51.

Welche Gewohnheit ist unvernünftig? Darf der Richter eine unvernünftige Gewohnheit aus eigener Macht verwerfen?

Daß eine unvernünftige Gewohnheit von gar keiner gesetzlichen Wirkung seyn könne, leidet nun wohl keinen Zweifel; hier aber werfen sich zwo Fragen auf, deren Beantwortung wegen den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten nicht ohne Schwierigkeit ist; die Fragen sind folgende: *I.* Welche Gewohnheit ist unvernünftig? *II.* Darf ein Richter aus eigener Macht eine Gewohnheit, welche ihm unvernünftig scheint, verwerfen und wider dieselbe sprechen?

*I.* In der Bestimmung, welche Gewohnheit unvernünftig seye, gehen Civilisten und Kanonisten in so viele verschiedene meistens ungegründete Meinungen ab, daß es auch dem scharfsinnigsten Grübler schwer wird, eine gewisse Regel daraus festzusetzen. Jene Meinungen dahier aufzuzählen würde nur unnütze Langeweile hervorbringen; kurz, nach dem Panormitanus nahm die gemeine Meinung

den Grundsatz an, daß eine gewisse Regel darüber nicht könne festgestellt werden, und es dem richterlichen Ermessen lediglich zu überlassen sey, ob eine Gewohnheit der Vernunft gemäß sey, oder im Gegentheile für einen schädlichen Sittenverderb müsse angesehen werden; ein vernünftiger und weiser Richter müsse daher genau erwägen, ob der Endzweck der Gewohnheit gut oder bös sey, ob dieselbe wider das Gesetz oder nach demselben contra vel praeter jus, u. s. w. eingeführt worden. Leider erhält der Richter durch diese Anweisungen ein sehr geringes Licht.

*II.* Meines Dünkens ist die richtigste Antwort auf obige Fragen folgende: Handlungen, welche dem göttlichen, natürlichen oder positiven Rechte, dem gemeinen Völkerrechte, den guten Sitten, der öffentlichen Frömmigkeit, dem Wohl des Staates oder der Kirchen mit boshafter Stirne entgegen streiten, können nie für zuläßig geachtet werden, die daraus entstandene Gewohnheit ist in ganzer Ausdehnung des Wortes unvernünftig, und daher nichtig und von keiner Wirkung, wider eine solche Gewohnheit kann der Richter nicht allein sprechen, sondern die Heiligkeit seiner Pflicht gebeut ihm solches ohne Anstand zu thun *a*).

*III.* Anders verhält es sich mit einer Gewohnheit, welche nur dem geschriebenen Rechte zuwider ist, oder den Grundsätzen der sogenannten Commutativen Gerechtigkeit nicht angemessen zu seyn scheint, oder auch nur den Stempel der Ungereimtheit oder der Lächerlichkeit an der Stirne trägt, diese darf kein Richter mit eigener Macht verwerfen, sondern es liegt ihm ob, so lange nach derselben zu sprechen, bis sie durch ein ausdrückliches Gesetz abgeschaft worden ist; hierhin

gehören, nach meiner Meinung, die *C.* 3. 4. 5. 7. 10. *de Consuet.* *C.* 1. 2. *eod. in* 6*to*, so wie die Behauptung des Thomasius, wenn er in der angeführten *Dissert.* de Consuet §. 93. in der Bestimmung, ob eine Gewohnheit unvernünftig sey, oder nicht, dem Richter alle Gewalt ohne Unterschied abschneidet.

*a*) *Mevii* Decis. P. 9. D. 160. Eisenhardt a. a. O. und die oben im 49. Sphen sub Lit. *b*. angeführten Belege.

## §. 52.

### Die Vernunfmäßigkeit wird vermuthet.

So wie das Hauptgesetz, hat auch die Gewohnheit die Vermuthung der Vernunftmäßigkeit für sich; es ist daher genug, wenn die Gewohnheit erwiesen ist, die Vernunftmäßigkeit wird so lange vermuthet, bis das Gegentheil dargethan werden kann.

*Mevius* Decis. P. 2. D. 378. N. 6.

## §. 53.

### Forsetzung des vorigen Sphen.

Non omnium, quae a Majoribus constituta sunt, Ratio reddi potest, nec ea nimis curiose inquirenda, *L.* 20. *et* 21. *D. de LL.* Diese Vorschrift findet hier ihre volle Anwendung. Die Gewohnheit entsteht allmälig, und ihr Ursprung ist fast immer unbekannt; nicht selten tritt daher der Fall ein, daß nicht der geringste Beweggrund zu entdecken ist, worauf sich dieselbe stützen sollte, und ihr Endzweck auf das Wohl des Ganzen eben so verborgen liegt. Darum aber mag noch keine Gewohnheit für unvernünftig gehalten werden; und es steht immer zu vermuthen, daß sie

auf einen für das öffentliche Wohl ersprieslichen, obschon für itzt noch unbekannten, Grundsatz fusset. Gesetzt auch, es fehlte derselben wirklich an einem bestimmten Endzweck, gesetzt sie habe, wie das Aqua Fontana in den medicinischen Recepten, weder gute noch böse Wirkung, so mag sie deswegen wohl in die Klasse der für den Staat gleichgültigen Dinge gereihet, keineswegs aber den unvernünftigen und schädlichen Gebräuchen beigesellt werden; und sie wirkt in ihrem Kreise mit nicht minderer Kraft, als die Gewohnheit, dessen nützlicher Endzweck nicht verabredet werden kann.

*Mevius* Decis. P. 9. D. 160.

## §. 54.

### Eine Gewohnheit wider das Gesetz ist darum noch nicht unvernünftig.

Sonderbar ist es, daß einige Rechtsgelehrte auf den Gedanken gerathen sind, eine Gewohnheit wider das Gesetz, contra Jus, müsse dadurch selbst unvernünftig seyn. Die hauptsächlichsten Gründe, welche sie für ihre Meinung anführen, sind diese: *I.* Ein Haupterforderniß des Gesetzes ist die Vernunftmäßigkeit; dasjenige, das wider etwas Vernünftiges eingeführt wird, kann nicht vernünftig seyn: also kann auch eine Gewohnheit wider das Gesetz unmöglich vernünftig seyn: *II.* Handlungen, welche wider die Vorschrift der Gesetze vorgenommen werden, sind fehlerhaft, und können deswegen nicht vernünftig seyn, aus ihnen kann daher keine vernünftige Gewohnheit entstehen.

*I.* Was den ersten Einwurf betrift, so müssen die Verfechter desselben nicht daran gedacht haben, daß ein nach-

heriges Gesetz ein vorhergehendes abschaffen und demselben wiedersprechen könne, ohne sich dem Tadel der Unvernunftsmäßigkeit auszusetzen; warum sollte dieses nun nicht auch bey der Gewohnheit eintreten, da sie doch mit dem Gesetze ähnliche Gewalt hat?

Gewiß muß ein Gesetz in aller Hinsicht auf das Zeitalter, wo, und auf die Sitten des Volkes, für welches dasselbe erlassen wird, vernünftig seyn; auf eine immerwährende Zukunft aber können menschliche Verordnungen nicht gleich nützlich bleiben; heute kann ein Gesetz dem Staate schädlich und den Sitten des Volkes unangemessen seyn, welches vielleicht noch vor fünfzig Jahren, oder doch gewiß zur Zeit seiner Erlassung dem Wohl des Staates und den Sitten des Volkes ganz angemessen war. Zumalen ist dieses der Fall bei angenommenen Rechten fremder Völker, wie in Teutschland das römische Recht ist.

Auch mag ein Gesetz leichter abgeschaft, als erlassen werden; zu Erlassung eines Gesetzes wird erfordert, daß dasselbe bestimmt für das öffentliche Wohl arbeite, dessen Abschaffung erheischt aber nur, daß dem Staate daraus kein Nachtheil erwachse.

Zu dem kann eine Gewohnheit nur in Rücksicht ihrer Entstehung eine Gewohnheit wider das Gesetz im eigentlichen Sinne heissen, indem, wenn sie in ihrem Daseyn wirklich steht, das Gesetz, wider welches sie eingeführt worden, bereits durch dieselbe abgeschaft ist: mithin kann eine Gewohnheit in ihrem Daseyn betrachtet, nie wider das Gesetz seyn.

C. 24. de Sentent. Excomm. in 6to.

Extrav.

Extrav. unic. Joann. XXII. de Torneamentis. *Engel* Coll. univ. Jur. Can. L. 1. T. 4. N. 11. *Pichler* Compend. J. Can. L. 1. T. 4. N. 5.

## §. 55.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

*II.* Der zweite Einwurf ist nicht erheblicher; Laymann, Pirhing, Engel suchten demselben dadurch abzuhelfen, daß sie behaupteten, die ersten, welche mit Willen wider die gesetzliche Vorschrift handelten, könnten durch diese fehlerhafte und nichtige Handlungen keine widrige Gewohnheit einführen, sondern erst die Nachfolger derselben, welche mit gutem Glauben in die Fußstapfen ihrer Vorgänger treten, und in dem irrigen Wahn stehen, daß dieselben mit Fug die Vorschrift des Gesetzes außer Acht gelassen, und derselben zuwider gehandelt haben. Aber diese Widerlegung findet selbst eine unumstößliche Widerlegung in den Gesetzen. Eine Gewohnheit ist ohne Einwilligung des Volkes nicht denkbar *a*), die Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden soll, müssen daher willkürlich seyn; Handlungen aber, welche aus Unwissenheit und Irrthum vorgenommen worden, können nicht willkürlich seyn, mithin kann aus ihnen auf die Einwilligung des Volkes nie mit Grund geschlossen werden *b*). Dieser Punkt ist bereits oben §. 42. näher ausgeführt worden.

Die Handlungen daher, wodurch eine Gewohnheit wider das Gesetz eingeführt wird, können nicht allein, sondern müssen auch, so lange die Gewohnheit annoch in ihrem Entstehen begriffen ist, fehlerhaft seyn; sobald aber, als

mit einer hinlänglichen Zeit eine genugsame Anzahl ähnlicher Handlungen vorhanden ist, und die übrige zu Einführung einer Gewohnheit nöthigen Erfordernisse eintreten, so muß natürlich geschlossen werden, daß der Fürst, indem er jene Handlungen ohne Rüge hat fortsetzen lassen, in die Abschaffung des Gesetzes, wider dessen Vorschrift jene Handlungen unternommen wurden, stillschweigend eingewilligt habe; die dadurch eingeführte Gewohnheit steht nun da als neues Gesetz, das vorige Gesetz hat zu seyn aufgehört, die Bösartigkeit der wider dasselbe vorgenommenen Handlungen ist geheilet, der Unterthan kann und muß sich nun nach der eingeführten Gewohnheit richten.

*e*) L. 35. D. de LL. §. 1. I. de jure N. G. et C.

*b*) L. 15. D. de Jurisd. L. 116. §. 2. D. de R. J.

## §. 56.

### Unvernünftige Gewohnheiten sind abzuschaffen.

Ein jeder Fürst, dem das Wohl seines Volkes theuer ist, muß sich angelegen seyn lassen, unvernünftige, sittenverderbliche, dem Staate äußerst schädliche Gewohnheiten durch weise Verordnungen abzuschaffen, rührten sie auch von Hermanns Zeiten her: denn das, was seiner Natur nach unvernünftig und ungerecht ist, kann, auch durch das graueste Alter weder Kraft noch Gültigkeit erlangen; und sollten dergleichen Misbräuche deswegen heilig seyn, weil sie schon vor undenklichen Jahren, und zu unserer Väter Zeiten, zur Schande der Menschheit, gäng und gebe waren? Gewiß hieße es eine allzugroße Ehrfurcht gegen das Alterthum hegen, wenn man zur Regel annehmen wollte, daß dasje-

nige, was alt ist, auch nothwendig gut seyn müsse; die Wohlfahrt des Staats bleibt immer das heiligste; eine Gewohnheit, welche die Glückseligkeit desselben verletzet, muß je eher, je besser vernichtet werden.

In der teutschen Geschichte der ältern und mittleren Zeiten fehlt es nicht an Beispielen dergleichen Misbräuche. Karl V. schafte in seiner peinlichen Gerichtsordnung mehrere dieser öffentlichen Plagen ab; den Untergang mehrerer anderen haben wir anderen Reichssatzungen zu verdanken; die Reformationen von 1548 und 1577 bezwecken fast einzig und allein die Ausrottung der im Reiche herrschenden übeln Gewohnheiten; häufige Territorialverordnungen haben mit einem löblichen Eifer ihren Untergang befördert; demungeachtet befinden sich noch in Teutschland, besonders unter Handwerkern und Bauern mehrere alte Misbräuche, deren Abschaffung ein jeder guter Bürger entgegenseufzet.

## §. 57.

### Ist derjenige strafbar, welcher nach einer bösen Gewohnheit handelt?

Aus dem bereits vorgetragenen läßt sich nun die Frage leicht beantworten, ob derjenige strafbar seye, welcher nach einer bösen Gewohnheit handelt? Die §. 51. N. II. und III. aufgestellte Eintheilung hebt hier alle Schwierigkeit: denn jener wird kaum der gewöhnlichen Strafe entgehen können, welcher einer Gewohnheit boshaftig gefolgt ist, die dem göttlichen Rechte, der öffentlichen Frömmigkeit, den guten Sitten und dem Wohl des Staats offenbar entgegenstreitet; indem auch die älteste über Men-

schen Gedenken sich hinausstreckende Gewohnheit die Vorschrift der göttlichen Gesetze und der Moral zu schwächen nicht vermag *a*); derjenige aber, welcher nach einer Gewohnheit gehandelt hat, wonach auch der Richter zu sprechen verpflichtet ist (§. 51. N. III.) kann deswegen keiner Ahndung unterworfen seyn *b*).

Im Allgemeinen kann jedoch nicht verabredet werden, daß eine böse Gewohnheit bei Bestimmung der Moralität von Handlungen müsse in Erwägung gezogen werden, und daß sie einen entschiedenen Einfluß auf die Bestrafung desjenigen habe, welcher sich durch den Strom der übeln Sitten hat wegreissen und zu einer bösen Handlung verleiten lassen, so daß in dieser Rücksicht die Strafe bald zu mäßigen, bald zu schärfen ist *c*).

Eine weitläuftige Erörterung dieses Punktes gehört nicht hierhin, sondern ist bei den Schriftstellern, welche davon ex professo handeln, besonders den Kriminalisten, nachzusuchen; ich will nur noch die von Glück *d*) angeführte Stelle des Crell hersetzen, welcher hierüber folgendermaßen spricht:

»Temperatur Poena Facti illiciti, quod quis non Dolo, »sed Imitatione aliorum et Consuetudine adductus, ad»misisse videtur: imo vero aliquando, qui Consuetudine »peccandi, a pluribus recepta, Malo increbrescente, li»centiosius deliquerit, cum non Ignorantia, sed majori »Audacia peccasse videatur, severius punitur; ut reliqui »Supplicii Exemplo deterreantur. Nam generaliter, »Poena tunc demum propter Consuetudinis Excusationem

„mitigatur, si appareat, non tam Dolo quam Ignorantia peccatum esse.“

a) *Hunnius* ad Treutler. a. a. O. Q. 52.

b) Barbosa a. a. O. C. 7. N. 4. *Thomas*, a. a. O. §. 106.

c) L. 16. §. 10. D. de Poen. L. 1. D. de abig. Nov. 154. *Hunnius* Encyclop. Jur. Part. 1. T. 4. C. 5. N. 36.

d) A. a. O.

# Fünfter Abschnitt.

## Von der Einwilligung des Volkes.

### §. 58.

Die stillschweigende Einwilligung des Volkes.

Eines der ersten Erfordernisse zu Einführung der Gewohnheit ist die stillschweigende Einwilligung des Volkes, welche aus der Art und der vielfältigen Wiederholung der vorgenommenen Handlungen gefolgert werden muß *a*). Es müssen nemlich die Handlungen so häufig vorgenommen worden, und so geartet seyn, daß daraus vernünftig geschlossen werden möge, sie seyen zur Wissenschaft des sämmtlichen Volkes gelangt. Dieser Punkt ist schon im vorhergehenden hie und da berührt worden, auch wird er in der Folge noch vorkommen; es braucht daher im besondern hier nichts weiter darüber gesagt zu werden; nur muß ich noch erinnern, daß, sobald als auf die Einwilligung des Volkes

aus gegründeten Vermuthungen geschlossen werden kann, es auf die öftere Wiederholung der Handlungen so genau nicht ankomme *b*); indem die Gewohnheit aus der stillschweigenden Vereinbarung des Volkes und der vermutheten Einwilligung des Fürsten lediglich ihre Kraft erhält *c*).

*a*) L. 1. C. quae sit long. Consuet.

*b*) Arg. L. 33. D. de LL.

*c*) *Gail.* L. 2. Obs. 31. n. 9.

## §. 59.

### Ganze Gemeinheiten können eine Gewohnheit für sich herbringen, aber nicht ein Theil davon.

Provinzen eines nemlichen Reiches, große Distrikte, Städte, Flecken, sogar Dörfer können allerdings eine Gewohnheit für sich herbringen, obschon dieselbe entweder gar nicht, oder auch gerade das Gegentheil davon, in den übrigen Theilen des Landes üblich ist. Der eine Theil aber einer Stadt, eines Fleckens u. s. w. kann für sich allein keine besondere Gewohnheit wider den Willen des übrigen Theils der nemlichen Gemeinheit einführen, weil dazu die Einwilligung des sämmtlichen eine solche Gemeinheit ausmachenden Volkes erfordert wird; auch würde eine solche Verschiedenheit von Gewohnheiten in einer und derselbigen Gemeinheit die größten Irrungen und die schädlichsten Folgen für das Wohl des Ganzen nach sich ziehen.

## §. 60.

### Gewohnheit einzelner Kollegien.

Was aber die Kollegien einzelner Bürger betrift, z. B. die Innungen der Handwerker und andere ähnliche in der Gemeinheit entstandene Gemeinheiten, so tritt für dieselbe ein ganz anderer Grund ein: denn obschon sie der Regel nach sich in allem nach dem gemeinen Rechte richten müssen, so hat es doch seine Richtigkeit, daß sie nach der einmal angenommenen Lebensart, und der Profession, welcher sie sich gewidmet haben, einen in dieser Rücksicht abgesonderten Körper in der Gemeinheit bilden, und daher durch ihrem Institute angemessene Statuten und hergebrachte Gewohnheiten untereinander verpflichtet werden können, ohne daß dieselbe einem Dritten, welcher einem solchen Körper nicht beigetreten ist, die geringste Obliegenheit aufbürden, oder eine Befugniß entziehen könnten; sehr richtig sagt hierüber Zasius: »Communitates privatae veluti Villae, Collegia, »Fraternitates, Castra, Familiae etc., in quibus non est »Populus, qui Universitatem faciat, et quibus plures »sunt ut singuli, nec ullam popularem Jurisdictionem »active habeant, non possunt introducere Consuetudinem, »cum ad hanc Populi requiratur Consensus; sed sunt apud »hujusmodi Communitates Usus quidam et Assuetudines, »quorumdam Actuum Frequentia introducti, qui etsi »non faciant Consuetudinem, nihilominus tamen ligant »eos privatim, ita ut inter ipsos saltem pro Jure obser»ventur.« *a*)

Solche Gebräuche und Statuten, um alle Mitglieder der Korporation u. s. w. zu binden, müssen von dem

größten Theile derselben genehmiget, oder ausgeübt, oder zu deren Wissenschaft gekommen seyn; quod pluribus et sanioribus Fratribus visum fuerit, incunctanter debet observari. Quod major Pars Curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint *b*).

*a*) *Hunnius ad Treutl.* a. a. O. Q. 56.

*b*) C. 1. de his quae fiunt a maj. part. Cap. L. 19. D. ad Municip. *Lauterbach* a. a. O. N. 33.

# Drittes Hauptstück.

## Von der Wirkung und Abschaffung der Gewohnheit.

## Erster Abschnitt.

### Von der Wirkung insbesondere.

### §. 61.

Die Gewohnheit hat gesetzliche Kraft.

Die Gewohnheit in Rücksicht ihres Subjekts und Gegenstandes sowohl, als ihrer Wirkungen ist von dem positiven Gesetze in keinem Theile unterschieden; eine gehörig hergebrachte Gewohnheit muß als Recht und Gesetz heilig beobachtet werden, und die durch dieselbe aufgestellte Vorschriften müssen als eine von dem Fürsten genehmigte stillschweigende Vereinbarung der Unterthanen eben so befolgt werden, als die Satzungen des geschriebenen Rechtes. Die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach, und verbindet den Bürger mit gleicher Kraft; sine Scripto Jus venit, quod Usus ap-

probavit: nam diuturni Mores Consensu utentium comprobati, Legem imitantur. — Inveterata Consuetudo pro Lege non immerito custoditur (et hoc est Jus quod dicitur *Moribus constitutum*); nam cum ipsae Leges nulla alia ex Causa nos teneant, quam quod Judicio Populi receptae sunt: merito et ea quae sine ullo Scripto Populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, Suffragio Populus Voluntatem suam declaret an Rebus ipsis et Factis? — *Diuturna Consuetudo* pro Jure et Lege in his, quae non ex Scripto descendunt, observari solet. — Sedet ea quae longa Consuetudine comprobata sunt, ac per Annos plurimos observata, velut tacita Civium Conventio, non minus, quam ea, quae scripta sunt Jura, servantur. — Imo magnae Auctoritatis hoc Jus habetur: quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse Scripto id comprehendere *a*).

Diesen Vorschriften der geschriebenen Rechte stimmt das alte teutsche Sprichwort: **eine alte Gewohnheit soll man nicht brechen**, bei *b*).

Die Gewohnheit daher, so wie das Gesetz, **gebietet, verbietet, läßt zu, strafet**; sie wirket mit gesetzlicher Bindungskraft, sowohl in Rücksicht der Fälle, welche die geschriebenen Rechte unbestimmt gelassen, als jener, welche sie mit Gewißheit entschieden haben; hieraus entsteht nicht allein die rechtliche Befugniß nach der Gewohnheit ungestört handeln zu können, sondern auch die Verbindlichkeit dasjenige zu leisten, was man nach den Vorschriften der Gewohnheit zu leisten schuldig ist *c*).

a) §. 9. I. de Jure N. G. et C. L. 32. §. 1. L. 33. 35. 35. D. de LL. c. 6. dist. 12.

b) Eisenhardt a. a. O. 1ste Abtheil. N. 3.

c) C. 8. 9. 11. de Consuet. C. 42. de Simonia. C. 5. 10. Q. 3. *Lauterbach* a. a. O. n. 43. *Böhm.* Princip. Jur. Can. L. 1. Sect. 3. T. 5. N. 233.

## §. 62.

### Der Richter muß nach der Gewohnheit sprechen.

Ein Urtheil, welches wider die Gewohnheit erlassen worden, ist ipso jure nichtig, denn die Gewohnheit wird dem Gesetze gleich geachtet. Der Richter muß daher ein besonderes Augenmerk auf die Gewohnheiten richten, zumal wenn solche von den Partheien sollten angeführt worden seyn; indem er, wenn er dieselbe außer Acht läßt, den Rechtsstreit eben so leicht zu dem seinigen machen kann, als wann er wider ein ausdrückliches Gesetz gesprochen hätte.

Sobald daher eine Strafe, welche in den Gesetzen unbestimmt und dem richterlichen Ermessen überlassen ist, nachhin durch eine hergebrachte Gewohnheit bestimmt wird, so hört das Ermessen des Richters auf, indem dasjenige, was durch die Gewohnheit festgesetzt worden, aufgehört hat willkürlich zu seyn, und nun zur Nothwendigkeit geworden ist *a*).

Dieser unserer Behauptung stimmen die allgemeinen teutschen Rechte gänzlich bei; aus den vielen hierhin gehörigen Reichssatzungen will ich nur einige anführen: im Reichsabschiede von 1654 §. benebens sollen heißt es: „daß Cammerrichter und Beisitzer bei Administra-

„tion der heilsamen Justiz, sowohl die Statuta und Gewohn„heiten, als die Reichsabschiede und gemeine Rechte vor Au„gen haben.“ Daher müssen auch die Cammergerichts-Assessoren bei ihrer Aufnahme schwören: daß sie nach den Reichssatzungen, dem gemeinen Rechte und den an einem jeden Orte löblich hergebrachten Gewohnheiten urtheilen wollen, und folglich bei Erkennung der Prozesse und Entscheidung der rechtshängigen Sachen sich auch genau daran halten wollen, was bei einem jeden Gerichte gebräuchlich und hergebracht ist.

Nach der Ordnung des Reichshofraths im 1ten Tit. §. und weiter sollen die Assessoren „jedes „Standes, Landes, Ortes und Gerichts, sonderlich die ge„bührlich allegirte Privilegia, gute Ordnungen und Ge„wohnheiten, und in Mangel derselben die Kaiserliche Rech„te, und rechtmäßige Observationes und Gebräuche in Acht „nehmen, und nach denselben ihre Bescheide, Decreta und „Urtheil richten.“

In dem eben angeführten Sphen aus der Reichshofraths-Ordnung liegt der Stof zu zwo hier gewiß nicht unwichtigen Bemerkungen: *I.* daß hergebrachte Gewohnheiten dem gemeinen geschriebenen Rechte vorgehen, folglich nur in Subsidium, in dem Falle, wenn keine teutsche Gewohnheit in dem vorkommenden Falle eintrete, Zuflucht zu dem römischen Rechte könne genommen werden; denn erst in Mangel der guten Ordnungen und Gewohnheiten sollen die kaiserliche Rechte eintreten; also nur da, wo keine solche Gewohnheit vorhanden ist, erhält das römische Recht Ansehen in Deutschland. *II.* Wird die gerichtliche Observanz der außergerichtlichen Gewohnheit nachgesetzt *b*).

a) C. 19. de Jurej. C. 3. de eo, qui mittit. in possess. L. 3. C. de aedif. priv. L. 1. 6. C. de servit. et aq. *Stryk.* Dissert. de Dardanariis C. 5. n. 11.

b) *Lauterbach* a. a. O. N. 43. *Gail* a. a. O. obs. 36. N. 13. 14. *Brunnemann* a. a. O. N. 33. *Müller ad Struv.* a. a. O. N. 22. Lit. B. in fin. *Thomas.* a. a. O. §. 96. *Stryk.* Usus Mod. Pand. Discurs. praelim. §. 29.

## §. 63.

### Gewohnheitsklage.

Eine besondere Wirkung der Gewohnheit ist die aus derselben entstehende Gewohnheitsklage, Actio, Condictio ex Moribus seu Consuetudine; sie ist persönlich und geht auf die Leistung desjenigen, was jemand aus einer durch die Gewohnheit eingeführten Verbindlichkeit zu leisten schuldig ist, und zu dessen Erlangung keine besondere Klage in den Rechten vorgeschrieben ist. Die Gewohnheit bringt diese Klage einzig hervor, wenn sie da zu klagen berechtigt, wo ohne sie, der Natur der Sache, und den geschriebenen Rechten nach mit Erfolg nicht hätte können geklagt werden. Zur Festsetzung dieser Klage stellen die Rechtsgelehrten als nöthige Erfordernisse auf, daß eine neue durch eine Gewohnheit eingeführte Verbindlichkeit vorhanden sey, und daß keine bestimmte Klage auf diesen Fall in den Rechten angegeben sey.

So wie die Condictio ex Lege, ist auch die Condictio ex Moribus allgemein; sie entsteht aus allen Verbindlichkeiten, welche die verschiedene und mannichfaltige Gewohnhei-

ten hervorbringen können, und befasset als Art alle jene Gattungen von besondern Gewohnheitsklagen in sich, welche, ihres eigenen Gegenstandes wegen, zwar mit einem eigenen Namen bezeichnet sind, aber nichtsdestoweniger wahre Gewohnheitsklagen sind; so z. B. wenn in einem Lande hergebracht ist, daß bei Veräußerung gewisser Güter der nächste Anverwandte das Näherrecht habe, das heißt, daß, wenn er denselbigen Preis anbietet und bezahlt, er alsdann allen Fremden und auch den entfernteren Anverwandten vorgezogen werden müsse; so entsteht aus dieser Gewohnheit die Actio Retractus Gentilitii, welche lediglich eine Gattung der Gewohnheitsklage ist.

*Struv.* Synt. Jurispr. secundum ord. Pand. L. 13. T. 2. n. 58. und *Müller* allda Lit. A. et B. *Lauterbach* a. a. O. n. 44.

## §. 64.

### Die Gewohnheit hebt das frühere Gesetz auf.

Aus allem vorhergehenden erhellt es zur Genüge, daß ein vorheriges Gesetz nicht allein durch ein später erlassenes Gesetz, sondern auch durch eine Gewohnheit abgeschaft werden könne; rectissime etiam illud receptum est, ut Leges non solum Suffragio Legislatoris, sed etiam tacito Consensu omnium per Desuetudinem abrogentur *a*); die Gewohnheit ahmt ja das Gesetz nach *b*); ein vorheriges Gesetz wird aber durch ein später erlassenes, widriges abgeschaft *c*), also auch durch eine widrige Gewohnheit.

Dem ersten Anschein nach scheint der *L. 2. C. quae sit longa Consuet.* dieser Behauptung gerade zu widerspre-

chen; in dem angezogenen Gesetze sagt der Kaiser Konstantin: Consuetudinis Ususve longaevi non vilis Auctoritas, verum non usque adeo sui valitura Momento, ut aut Rationem vincat aut Legem. Um diesen in der That nur scheinbaren Widerspruch zu heben, hat dieses Gesetz sehr verschiedene und schiefe Auslegungen erleiden müssen.

Sobald aber als man diese Konstantinische Satzung in nähere Erwägung ziehet, so wird es auffallend einleuchtend, daß sie keineswegs der Gewohnheit die Gewalt abspreche, ein früheres Gesetz zu verdrängen, sondern dessen wahrer Sinn lediglich dieser seye: die Gewohnheit an und für sich betrachtet, sui Momento, kann das Gesetz nicht überwinden, das heißt, die Gewohnheit ist nicht kräftiger in ihren Wirkungen als das Gesetz, ihr Ansehen nicht größer, die aus derselben fliessende Verbindlichkeiten und Befugnisse sind nicht dringender, als jene, welche ein geschriebenes Gesetz zum Grunde haben; diese Auslegung kömmt mit dem unbezweifelten Satze: die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach, überein.

Da nun die Gewohnheit sui Momento mit dem Gesetz ähnliche Bindungskraft hat, so folgt daraus, daß sie aus eigenen Kräften das Gesetz nicht überwinden könne, sondern nur in Rücksicht der Zeit und des veränderten Willens des Gesetzgebers, welcher die Quelle aller bürgerlichen Verbindlichkeiten ist. Daß dieses der Sinn des angeführten *L. 2. C.* sey, erhellet ferner aus dem Text *II. F.* 1. wo der Feudist schreibt: Legum Romanarum non est vilis Auctoritas, sed non adeo Vim suam extendunt, ut Usum vincant, aut Mores; hier dreht der Feudist die Konstantinische Konstitu-

tion um, und was der Kaiser von der Gewohnheit schreibt, sagt er von den geschriebenen Gesetzen. Eben so sagt der Papst *C.* 11. *de Consuet.* »Licet etiam longaevae Consuetudi-»nis non sit vilis Auctoritas, non tamen est usque adeo »valitura, ut vel Juri positivo debeat Praejudicium ge-»nerare, nisi fuerit rationalis et legitime praescripta.« Diese Vorschrift des Kanonischen Rechtes ist zu deutlich, als daß noch einiger Zweifel hier übrig bleiben könnte.

Aus dieser Uebereinstimmung der Gesetze läßt sich nun mit Sicherheit folgender Grundsatz aufstellen: weder das Gesetz, an und für sich betrachtet, überwindet die Gewohnheit, noch die Gewohnheit das Gesetz, beide haben gleiche Gewalt; der Vorzug, welchen beide gegeneinander haben können, beruht lediglich auf der späteren Entstehung; eine spätere Gewohnheit verdrängt das frühere Gesetz; ein späteres Gesetz zernichtet die frühere Gewohnheit *d*).

*a*) §. 11. I. de Jure N. G. et C. L. 32. §. 1. in fin. D. de LL. *Struv.* a. a. O. N. 22. und *Müller* allda Litt. B. *Voet.* a. a. O. n. 37.

*b*) §. 9. I. de Jure N. G. et Civ. L. ult. C. quae sit longa Consuet.

*c*) L. fin. D. de Constit. Princip. L. 28. D. de LL.

*d*) *Hunnius ad Treutler.* a. a. O. Q. 60.

## §. 65.

### Die Gewohnheit kann auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden.

Die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach: so wie das Gesetz kann also auch die Gewohnheit nach ihrem Sinne ausge-

legt,

legt, und auf Fälle ähnlicher Beschaffenheit ausgedehnt werden; denn auch der Sinn der Gewohnheit, und der Grundsatz, welcher sie hervorgebracht, müssen beibehalten werden; Ratio, quae Consuetudinem suasit, custodienda est *a*); nur durch Irrthum eingeführten Gewohnheiten sprechen die Gesetze alle Gewalt in ähnlichen Fällen ab, quod non Ratione introductum, sed Errore primum, deinde Consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet *b*).

Die Praxis aller Orte, wo Gewohnheiten dem geschriebenen Rechte widersprechen, stimmt mit dieser Behauptung überein. Der Satz: daß Gewohnheiten strengen Rechtes, und daher nicht auf ähnliche Fälle auszudehnen seyen, ist irrig, und kann nicht den mindesten rechtlichen Grund für sich aufweisen. In der That, da die Gewohnheit mit dem Gesetze in allem gleiche Kraft hat, warum sollte dieselbe nicht, so wie dieses, auf Fälle ähnlicher Beschaffenheit ausgedehnt werden können *c*)?

Unterdessen erinnert Brunnemann *d*) mit Recht, daß die Gewohnheit soviel wie möglich nach dem gemeinen Rechte müsse ausgelegt werden e); welches doch wohl nur von der Anwendung auf den vorkommenden Fall verstanden werden mag.

*a*) L. 1. C. quae sit longa Consuet.

*b*) L. 39. D. de LL.

*c*) *Voet*. a. a. O. N. 36.

*d*) Ad Cod. L. 3. T. 41. L. 2.

*e*) Arg. C. 8. de Consuet.

## §. 66.

### Die Gewohnheit ist die beste Auslegerin der Gesetze.

Da die Gewohnheit gesetzliche Kraft hat, so erhellet deutlich aus ihrer ganzen Natur, daß sie zu Auslegung des geschriebenen Rechtes sehr viel beitragen müsse; gleichviel ob in einer Demokratie das Volk sein eigenes Gesetz, oder in einer Monarchie seines Fürsten Gesetze mit dessen stillschweigender Beistimmung durch Sachen und Thathandlungen auslege.

In der That, es kann nicht leicht eine wirksamere Regel zu Auslegung dunkeler und zweideutiger Gesetze gedacht werden, als die Weise, wie dieselbe bereits durch eine Gewohnheit ausgelegt worden sind; si de interpretatione Legis quaeratur, sagt Callistratus *a*); inprimis inspiciendum est, quo Jure Civitas retro in ejusmodi Casibus usa fuisset: optima enim est Legum interpres Consuetudo; nam Imperator noster Severus rescripsit, in Ambiguitatibus quae ex Legibus proficiscuntur, Consuetudinem, aut Rerum perpetuo similiter judicatarum Auctoritatem, vim Legis obtinere debere; eben so sagt Paulus: mutanda minime sunt, quae Interpretationem certam semper habuerunt *b*).

Denn, obschon die Urtheilssprüche auch der obersten Gerichtshöfe nie gesetzliche Kraft erlangen können, indem nicht nach Beispielen, sondern nach den Gesetzen geurtheilt werden muß *c*); so hat doch die, durch eine ununterbrochene Kette ähnlicher gerichtlicher oder aussergerichtlicher Handlungen, wodurch ein dunkeles Gesetz immer auf eine und die

nemliche Art ist ausgelegt worden, entstandene **auslegende Gewohnheit**, Consuetudo interpretativa, gesetzliche Kraft *d*).

Auch Privilegien, Kontracte, und alle übrigen Verhandlungen sowohl unter Lebendigen als unter Todten erhalten in ihren dunkeln Stellen ihre Auslegung von der Gewohnheit; daher das bekannte, *quod Consuetudo et Rei Natura dent Interpretationem Dispositioni simplici et genericae e*).

*a*) L. 37. 38. D. de LL. L. 11. C. eod.

*b*) L. 23. D. de LL.

*c*) L. 12. D de offic. Praesid. L. 13. C. de sent. et interloc.

*d*) L. 38. D. de LL. *Domat.* a. a. O. N. 4. und Liv. Prélim. T. 1. Sect. 2. *Voet.* a. a. O. N. 19.

*e*) L. 21. §. 1. D. qui Testam. facere poss. L. 50. §. ult. D. de Legat. 1. L. 11. pr. D. ad L. Aquil. L. 3. §. ult. D. D. de Testib. L. 31. §. 20. D. de Aedil. Edict. L. 6. D. de Evict. L. 19. C. de Locat. Conducto. C. 3. de Donat. L. L. *Barbosa* a. a. O. C. 8. N 6. *Consil. Marpurg.* Vol. 2. Cons. 26. N. 28.

## §. 67.

### Wie die auslegende Gewohnheit authentisch werde.

Auf daß eine auslegende Gewohnheit **authentisch**, authentica, werde, und die nemliche Gewalt erhalte als ein Gesetz, oder eine Vereinbarung, so wird erfordert, daß alle Erfordernisse eintreten, welche zu Einführung einer Ge-

wohnheit im allgemeinen nöthig sind. Hätte aber der Spruch eines Richters, oder auch eines juristischen Kollegiums nur hier und da, auf diese oder jene Art ein Gesetz, oder eine Vereinbarung ausgelegt; so würde hieraus nur eine von aller gesetzlichen Kraft entblößte belehrende Auslegung, Interpretatio doctrinalis, entstehen.

Pehem. a. a. O. §. 938.

## §. 68.

### Verhaltungsregel, wenn Schwierigkeiten aus einer dunkeln Gewohnheit entstehen.

Wenn aus einer an einem sichern Orte üblichen Gewohnheit Schwierigkeiten entstehen, und diese weder durch die Grundsätze des Naturrechts, noch durch die positiven Rechte entschieden werden können, auch alle andere Regeln fehlen, wonach eine solche Gewohnheit auszulegen wäre, und daher die Art zu handeln lediglich als Norm dasteht; so muß zuerst untersucht werden, ob nicht aus den Grundsätzen ähnlicher, an diesem Orte hergebrachter, Gewohnheiten, die obwaltende Schwierigkeiten gehoben werden mögen; fehlt aber auch dieses Mittel, so thut man, meines Dafürhaltens, wohl, sich nach demjenigen zu richten, was vielleicht in benachbarten Orten oder Provinzen in dieser Rücksicht hergebracht ist; besonders aber müssen hier die Hauptstädte in Betracht gezogen werden; de quibus Causis scriptis Legibus non utimur, id custodiri oportet, quod Moribus et Consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id qui-

dem appareat, tunc Jus, quo Urbs Roma utitur, servari oportet.

L. 32. pr. D. de LL. *Domat.* a. a. O. Régles du Droit T. 1. Sect. 2. N. 20.

## Zweiter Abschnitt.

### Wie die Gewohnheit abgeschaft werde.

### §. 69.

Die Gewohnheit wird durch ein späteres Gesetz aufgehoben.

So wie eine spätere Gewohnheit ein früheres Gesetz aufhebt, eben so hebt ein späteres Gesetz die frühere Gewohnheit auf, welche demselben gerade entgegengesetzt ist *a*); beide hangen lediglich von dem Willen des Gesetzgebers ab. Einjeder muß eingestehen, daß der Gesetzgeber seinen frühern Willen durch einen spätern abändern könne, und nicht selten müsse; niemand wird dem Fürsten die Macht absprechen frühere Gesetze durch spätere abzuschaffen; die Gewohnheit aber ahmt das Gesetz nach: folglich muß auch sie durch ein späteres ihr widersprechendes Gesetz aufgehoben werden.

Einem jeden Landesherrn steht es daher frei Gewohnheiten abzuschaffen, wenn auch derselben Alterthum durch eine Zeit von undenklichen Jahren unterstützt würde, und es hiesse gewiß die Gewalt des Fürsten zu tief heruntersetzen, wenn man seine Macht Gesetze zu erlassen, als einen der ansehn-

lichsten Vorzüge der Landeshoheit, der Macht alter Gewohnheiten unterordnen wollte *b*).

*a*) C. 1. de Constit. in 6to. C. 9. de Consuet. L. 2. C. quae sit longa Consuet.

*b*) L. 3. §. 5. D. de sep. viol. *König* Princip. Jur. Can. L. 1. T. 4. §. 10. Eisenhardt a. a. O. 1ste Abth. N. 3. §. 2.

## §. 70.

### Wie das abschaffende Gesetz beschaffen seyn müsse, überhaupt.

Das Gesetz aber, wodurch eine Gewohnheit abgeschaft seyn soll, muß derselben geradezu widersprechen und dieselbe abschaffen, oder das Gegentheil davon festsetzen; denn die Abschaffung oder die Abänderung eines Rechtes, folglich auch des Gewohnheitsrechtes, kömmt nur selten vor, und ist daher nicht leicht zu vermuthen.

L. 32. C. de Appellat. *König*. a. a. O.

## §. 71.

### Bei einer allgemeinen Gewohnheit.

Eine allgemeine Gewohnheit wird durch ein ihr widersprechendes Gesetz abgeschaft, obschon dasselbe keine dieselbe ausdrücklich bezielende abschaffende Klausel enthält; denn es steht immer zu vermuthen, daß eine solche Gewohnheit dem Gesetzgeber nicht unbekannt sey, und derselbe durch eine das Gegentheil in sich enthaltende Verordnung die Gewohnheit abschaffen will; indem auch ein früheres, durch ein später

erlassenes widersprechendes Gesetz aufgehoben wird, ohne daß dieses ausdrücklich von jenem Meldung thue.

C. 1. de Constit. in 6to. *König.* a. a. O. *Greneck*, Exam. Jur. Can. L. 1. T. 4. n. 13.

## §. 72.

### Bei besondern Gewohnheiten.

Besondere Gewohnheiten einzelner Gemeinheiten, Gesellschaften, Zünfte und dergleichen Korporationen kommen selten zur unmittelbaren Wissenschaft des Gesetzgebers, mithin kann nicht vermuthet werden, daß der Gesetzgeber bei Erlassung eines allgemeinen Gesetzes die Abschaffung solcher ihm unbekannten Gewohnheiten zum Endzweck gehabt habe. Ein Gesetz daher, wodurch derartige Gewohnheiten aufgehoben werden sollen, muß derselben entweder ausdrücklich erwähnen, oder doch wenigstens die derogatorische Klausel: aller widrigen Gewohnheiten ungehindert, enthalten *a*).

Bei Entscheidung der Frage, ob besondere Gewohnheiten durch ein allgemeines Gesetz, welches derselben keine ausdrückliche Erwähnung thut, abgeschaft seyen oder nicht, kömmt viel darauf an, ob der Fürst, welcher dieses Gesetz erlassen, mehrere und weitläuftige Länder beherrsche, oder ob ihm nur ein Land von sehr geringem Umfange gehorche; im ersten Falle tritt das Vorhergesagte im vollen Maaße ein; in diesem Falle aber kann kaum eine Gewohnheit gedacht werden, welche einem solchen Fürsten hätte unbekannt bleiben können *b*).

a) C. 1. de Constit. in 6to. *König* a. a. O. *Struben* Rechtl. Bed. T. 1. Bed. 135.

b) *König* a. a. O.

## §. 73.

### Gewohnheit wider die Gerechtsamen des Fürsten.

Eine Gewohnheit, welche seit undenklichen Zeiten gegen die Gerechtsamen des Fürsten hergebracht ist, kann durch kein Gesetz desselben entkräftet werden.

*Struv.* a. a. O. N. 23. und *Müller* allda Litt. a. *Hunnius ad Treutl.* a. g. O. Q. 60.

## §. 74.

### Abschaffung der Gewohnheit durch Entwöhnung.

Die Gewohnheit wird auch durch eine später entstandene widrige Gewohnheit, oder Entwöhnung, Desuetudo, abgeschaft a). Denn so wie Niemand sich selbst ein Gesetz vorschreiben kann, von dem er nicht auch nach Willkür abgehen könnte, eben so wenig ist das Volk an eine von ihm selbst eingeführte Gewohnheit auf immer gebunden; es steht demselben frey, dieselbe zu verändern, zu vervollkommenen oder gar abzuschaffen, wie die Umstände solches erheischen; denn dasjenige, was vor Zeiten dem Staate nützlich war, kann heute demselben schädlich seyn, zudem ist nichts natürlicher, als daß ein Institut auf eben die Art aufgelöst werde, wie dasselbe entstanden ist. Da aber die Entwöhnung, Desuetudo, anders nichts ist, als eine widrige Gewohnheit, so folgt von sich selbst, daß zur Entwöhnung alle die Erfordernisse eintreten müssen, welche zu

Einführung einer Gewohnheit nöthig seyn; und die frühere Gewohnheit kann nicht ehender für entkräftet gehalten werden, als bis die Entwöhnung, oder die spätere widrige Gewohnheit gehörig eingeführt ist *b*).

*a*) Arg. L. 32. §. 1. de LL.

*b*) L. 35. D. de R. J. *Domat.* des Lois civ. Traité des Lois, C. 12 n. 5. *Greneck* a. a. O. *Struv.* a. a. O. und *Müller* allda Litt. B. *Consil. Marp.* Vol. 4. Cons. 37. n. 1131.

## §. 75.

### Die besondere Gewohnheit derogirt der allgemeinen.

Der allgemeinen Gewohnheit derogirt die bei einer einzelnen Gemeinheit ergebrachte besondere Gewohnheit; in toto Jure Generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. — Generi per speciem derogatur.

L. 80. D. de R. J. C. 34. eod. in 6to. *Consilia Marp.* Vol. 2. Cons. 11. N. 60.

## §. 76.

### Der bloße Nichtgebrauch hebt keine Gewohnheit auf.

Zu Abschaffung einer Gewohnheit ist der Nichtgebrauch, ohne widrige Handlungen, eben so unkräftig, als zu Abschaffung eines Gesetzes; siehe unten 5tes Hauptst. 1ter Abschnitt.

*Struv* und *Müller* a. a. O.

# Dritter Abschnitt.

## Von der derogatorischen Klausel.

### §. 77.

#### Was die derogatorische Klausel seye.

Nicht selten enthalten die Gesetze, besonders die Municipalverordnungen, die päbstliche Bullen, und übrige Kirchensatzungen, die bekannte sogenannte derogatorische Klausel: einer jeden widrigen Gewohnheit ungeachtet, non obstante consuetudine contraria. In der Kürze will ich einiges über die Wirkung dieser Klausel erinnern.

### §. 78.

#### Diese Klausel kann keine undenkliche Gewohnheit abschaffen.

Alle Rechtsausleger behaupten einhellig, daß diese Klausel nicht hinreiche, um eine Gewohnheit abzuschaffen, welche über Menschen Gedenken hinaussteigt; eine solche Gewohnheit, sagen sie, hat alle Vorrechte eines Privilegiums, und eines besondern Rechtes, und kann daher durch eine allgemeine Verordnung nicht entkräftet werden; sie erfordern zu Abschaffung derselben, daß im abschaffenden Gesetze die besondere ausdrückliche Klausel: einer jeden auch undenklichen widrigen Gewohnheit ungeachtet, non obstante consuetudine contraria etiam immemoriali, enthalten seye.

*Barbosa* a. a. O. C. 11. N. 5. *Pehem* a. a. O. §. 942. *König* a. a. O. L. 1. T. 4. §. 10.

## §. 79.

### Die einfache Klausel hemmt keine nachherige Gewohnheit.

So wie ein vorheriges Gesetz die Kraft eines nachher erlassenen widrigen Gesetzes nicht hemmen mag, eben so kann auch die einfache eine Gewohnheit abschaffende derogatorische Klausel nur jene Gewohnheit treffen, welche zur Zeit des erlassenen abschaffenden Gesetzes bereits hergebracht war: denn jenes Gesetz kann ja nur die Abschaffung einer demselben widrigen Gewohnheit zum Endzweck haben; wie kann aber eine Gewohnheit als einem solchen Gesetze widersprechend angesehen werden, welche zur Zeit dessen Erlassung nicht einmal in der Reihe der Dinge war, folglich hier sich gar keine Eigenschaften, vielweniger die des Widerspruchs denken lassen.

Pehem a. a. O. Pichler a. a. O. N. 8. Voet. a. a. O. N. 37.

## §. 80.

### Wirkung der Klausel: einer jeden ꝛc.

Wie aber, wenn ein Gesetz folgende Klausel enthielte; einer jeden, auch künftig entstehenden Gewohnheit ungeachtet, soll es nach dieser Verordnung gehalten werden, nulla in contrarium valitura consuetudine posteriore!

Dieser Klausel legen zwar einige Rechtsgelehrte soviel Kraft bei, daß sie eine widrige Gewohnheit in ihrer Entste-

hung merklich hindern könne, indem in diesem Falle nicht leicht auf die Einwilligung könne geschlossen werden; unterdessen müssen doch auch diese Rechtsgelehrte selbst eingestehen, daß jene Klausel nicht vermögend sey, eine widrige Gewohnheit gänzlich in ihrer Entstehung zu hemmen.

Aber auch diese Klausel kann, meines Dünkens, einer zukünftig entstehenden widrigen Gewohnheit wenige Hindernisse in den Weg legen; ich habe schon oft erinnert, daß Gesetze, welche bei ihrer Erlassung wesentlich zum Wohl des Staates beitrugen, durch nachher vorgegangene Veränderung der Sitten und der Zeitumstände nicht allein aufhören können nützlich zu seyn, sondern auch endlich eine schädliche Wirkung hervorbringen können; und was möchte wohl unzweckmäßiger seyn, als durch ein Gesetz verordnen wollen, daß das, was in Länge der Zeit dem Staate unnütz, oder gar wohl schädlich werden kann, nicht durch neuere Gesetze und Gewohnheiten verbessert oder abgeschaft werden sollte. Zudem zeugt eine nachhin eingeführte widrige Gewohnheit zur Genüge, das der Gesetzgeber seinen vorigen Willen geändert, und in die nunmehro hergebrachte Art zu verfahren eingewilligt hat.

*Pehem.* a. a. O. *Voet.* a. a. O.

# Vierter Abschnitt.

## Von der geschriebenen Gewohnheit.

### §. 81.

**Eine in Schriften verfaßte Gewohnheit hört darum nicht auf ungeschriebenes Recht zu seyn.**

Die Gewohnheit wird ohne ausdrückliche Sanktion des Gesetzgebers eingeführt: dies ist das karakteristische Zeichen, welches sie von dem geschriebenen Rechte unterscheidet; dieses erhält sein Daseyn durch die ausdrückliche Sanktion der gesetzgebenden Gewalt, jene durch die stillschweigende Einwilligung derselben, verbunden mit dem durch Handlungen geäusserten Willen des Volkes *a*).

Aus diesem Unterschied des geschriebenen und des ungeschriebenen Rechtes fließt der untrügliche Schluß, daß, wenn auch eine Gewohnheit schriftlich verfasset und zum Druck befördert wird, geschähe dieses auch durch die gesetzgebende Gewalt selbst, dieselbe dennoch nicht aufhöre ungeschriebenes Recht zu seyn; denn nicht die Schrift, sondern der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers ist das Wesen des geschriebenen Rechtes *b*). So wie ein mündliches Testament seine Natur nicht verändert, wenn es schriftlich aufgesetzt wird, eben so bleibt auch die zum Druck beförderte Gewohnheit ungeschriebenes Recht.

*a*) L. 32. D. de LL.

*b*) L. 32. D. eod.

## §. 82.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Sehr oft werden die Gewohnheiten eines Landes zusammengetragen und schriftlich verfasset, um derselben Andenken gewisser beizubehalten, und derselben Beweis zu erleichtern; wir sehen daher die Gewohnheiten vieler Länder nicht allein zum Drucke befördert, sondern gar von berühmten Rechtsgelehrten kommentirt: ein gewiß überall nachahmungswürdiges Unternehmen, welches vielen Prozessen steuern muß.

Wenn daher der Gesetzgeber Gewohnheiten genehmigt, bestätigt, oder gar schriftlich verfassen läßt, so bleiben dieselben dennoch so wie vorhero ungeschriebenes Recht; weil immer dafür zu halten ist, daß der Fürst sie nur in ihrer wesentlichen Eigenschaft, als Gewohnheiten, genehmigt hat.

*Hunnius ad Treutl.* a. a. O. Q. 52. 53. *Vinnius* ad I. a. a. O. N. 1. *Voet*. a. a. O. N. 32.

# Viertes Hauptstück.

## Von dem Beweise.

Indem ich zur Ausführung schreite, wie der völlige Beweis einer Gewohnheit müsse beschaffen seyn, finde ich unter den Rechtsgelehrten fast eben so viele verschiedene Meinungen als Köpfe über die Materie nachgedacht haben; fast alle versichern, daß dieser Beweis sehr schwer zu führen sey, und etwas ganz ungewöhnliches an sich habe; viele schreien dieses doch zu laut: ich stelle nicht in Abrede, daß der Beweis einer Gewohnheit mehreren und größeren Schwierigkeiten unterworfen sey, als der einer jeden andern Thatsache; jedoch sind diese Schwierigkeiten nicht so groß, als daß ein erfahrner Jurist sie nicht sollte aus dem Wege räumen können.

# Erster Abschnitt.

## Nöthige Vorausschickungen.

### §. 83.

Eine notorische Gewohnheit bedarf keines Beweises.

Vor allem muß erwogen werden, ob die Gewohnheit, worauf einer sich stützen will, allgemein kund und notorisch sey, oder aber, ob es noch in Zweifel gezogen werden könne, ob dieselbe wirklich durch den Gebrauch des Volkes gehörig festgesetzt sey: im ersten Falle ist es hinlänglich, sich vor Gericht auf eine solche notorische Gewohnheit, so wie auf ein jedes andere gewisse Recht, lediglich zu berufen, ohne daß ein weiterer Beweis nöthig wäre. Denn da ungezweifelten Rechtens ist, daß allgemein kündige Sachen keines Beweises bedürfen, so ist dies auch gewiß von einer notorischen Gewohnheit zu verstehen.

Voet a. a. O. N. 32. *Gail.* Lib. 2. obs. 31. N. 17. 18. *Mascard.* de Probat. concl. 423. N. 26 sq. *Christinaeus* ad Leg. Mechlin. in Epilogo. N. 14. Gluck a. a. O. §. 87.

### §. 84.

Welche Gewohnheit notorisch sey.

Eine Gewohnheit ist für notorisch zu halten, wenn fast täglich oder doch sehr häufig vorkommende Handlungen, welche fast niemand unbekannt seyn können, von derselben

selben Daseyn klar zeugen; auch jene, welche durch die öffentliche Gewalt, oder wenigstens mit derselben Genehmigung schriftlich verfasset, oder zum Druck befördert worden ist.

Voet. a. a. O. *Zoesius* ad Pand. Part. 2. de consuet. N. 20. 22.

## §. 85.

### Strafe derer, welche wider eine notorische Gewohnheit streiten.

Nie wird derjenige, welcher vor Gericht wider eine notorische Gewohnheit frevelhaft kämpfet, der verdienten Verdammung in alle Kosten entgehen; sich selbst hat ers beizumessen, daß er eine Thatsache nicht wuste, oder nicht zu wissen vorgab, welche allen kündig war, wenigstens bekannt seyn konnte; die gröste Fahrlässigkeit fällt ihm zur Last, und einen solchen achten die Gesetze keines Mitleides würdig.

L. 9. §. 2. D. de Jur. et Facti ignor. Gluck a. a. O.

## §. 86.

### Wie der Richter bei dem Daseyn einer notorischen Gewohnheit zu Werke gehen müsse.

Sobald als eine notorische Gewohnheit da ist, und sich auch keine der streitenden Partheien vor Gericht darauf berufen hätte, so darf doch der Richter dieselbe nicht ausser Acht lassen, sondern er ist darnach, so wie nach dem geschriebenen Rechte, zu sprechen gehalten; er muß hier die Unwissenheit der streitenden Theile Amtshalber ersetzen. Man möchte mir hier einwerfen, eine auch noch so notorische Gewohnheit bliebe immer Thatsache, Thatsachen aber



Bayerische Staatsbibliothek München

müßten erwiesen werden; dem Richter stehe nicht zu, etwas in Facto zu ergänzen; gewiß muß der Regel nach eine Gewohnheit erwiesen werden, gewiß darf der Richter der Regel nach in Facto nichts ergänzen; man bedenke aber, daß, ohne einmal zu erwägen, daß eine Gewohnheit, welche als solche bekannt ist, als öffentliches Recht gilt, auch allgemeinkundige Thatsachen keines näheren Beweises bedürfen. Gesetzt, es beriefe sich jemand vor Gericht auf Reichssatzungen, der Gegentheil behauptete aber, es gäbe weder Kaiser noch Reich, gewiß würde hier keinem Richter einfallen; dem berufenden Theile den Beweis des Daseyns des Kaisers und des Reichs aufzulegen.

*Consil. Marp.* Vol. 1. Cons. 26. N. 91. Vol. 4. Cons. 36. N. 60.

## §. 87.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Als ein die Prozesse sehr abkürzendes Mittel rathen mehrere Rechtslehrer an, daß, sobald als ein Theil sich auf eine notorische Gewohnheit berufe, der Richter Amtshalber untersuchen solle, ob eine solche notorische Gewohnheit wirklich vorhanden sey oder nicht; findet er das erstere, so soll er ohne weiteren Anstand nach derselben verfahren und sprechen; indem nichts ungereimter sey, als daß der Richter die Partheien lange über ein Recht streiten lasse, welches das Gericht wissen und ausüben, keineswegs aber erst durch die Partheien erfahren müsse *a)*; die *Dec.* 377. *P.* 2 des Mevius wird über diesen Punkt noch näheres Licht verbreiten, ihre Worte sind folgende: » Quando » ex narratis Supplicationis pro Appellatoriis Processibus

»reperiebatur, quidquid appellans proferebat, fundari in »allegata Consuetudine Juri Communi Contraria, placuit »istos nondum decerni, sed hanc ex officio indagari, ve- »lut quod ad Compendium Litis maxime facit. Dubium »quidem inde exoriebatur, quod Consuetudo Facti est, et »de illa Controversia inter Partes prius discutienda erit, »antequam de illa statuetur. Verum quemadmodum hoc »ad illam Consuetudinem pertinet, quae nondum certa, »ac sub Lite versatur: uti ubi illa Notoria aut publicis At- »testationibus statim docenda, non est sinenda venire in »Controversiam, sed pro illa judicandum est. Quare »non statim super ea ad Litem properandum, sed, quid »de ea explorabitur, exspectandum; si itaque constabit »de ea, rejicienda erit Appellatio, non minus, atque si »Juri Contraria erit. Ubi vero certa de illa non est Sci- »entia, tunc demum, recepta Appellatione, inter Partes »de istius Veritate et Quantitate disceptandum est. Juxta »haec Decretum Die 18va Dec. 1654.«

a) Nov. 106. pr. *Mevius* Decis. P. 2. Dec. 378. Not. 2. 6. 8.

## §. 88.

### Verfahren, wenn über eine Gerichtsgewohnheit gestritten wird.

Wenn über eine Gerichtsgewohnheit Streit entsteht, so muß vor allem unterschieden werden, ob die Sache bei dem Gerichte anhängig sey, über dessen Gewohnheit Zweifel obwaltet, oder aber bei einem andern Gerichte: im ersten Falle kann eine solche Gewohnheit dem Richter nicht unbekannt seyn, es genügt daher, sich lediglich darauf zu berufen; im letzten Falle aber muß nothwendig derjenige,

welcher sich auf eine derartige Gewohnheit stützet, bei erfolgtem Widerspruch seine Behauptung beweisen; welches entweder durch Zeugen, oder noch kürzer und gewisser durch eine gehörige Bezeugung des Gerichts, von dessen Gewohnheit die Rede ist, geschehen kann.

Auch müssen die Partheien genau darauf achten, ob die Acten an ein auswärtiges Kollegium, oder einen andern unpartheiischen Rechtsgelehrten zum Spruch geschickt werden sollen; denn in diesem Falle müssen sie sorgen, daß eine gehörige Bezeugung des Gerichts, über dessen Gewohnheit gestritten wird, den Acten beigefügt werde; indem ein auswärtiger Urtheilsverfasser solche besondere Gewohnheiten unmöglich wissen kann, wenigstens nicht mit der Gewißheit, um darauf einen Spruch bauen zu können.

Thomas. a. a. O. §. 55. 56.

## §. 89.

### Eine unwidersprochene Gewohnheit bedarf keines Beweises.

Beruft sich Jemand auf eine Gewohnheit, ohne daß dieser Behauptung von dem Gegner widersprochen wird, so muß nothwendig vermuthet werden, daß es mit der angeführten Gewohnheit seine Richtigkeit habe, und aller Beweis fällt hier natürlich weg.

Thomas. a. a. O.

## §. 90.

### Eine widersprochene Gewohnheit muß der Regel nach bewiesen werden.

Die Gewohnheit ist Thatsache; entstehet daher ein Zweifel, ob dieselbe wirklich durch den Gebrauch des Volkes ein-

geführt sey, so muß nothwendig derjenige, welcher dieselbe anführt und sich darauf stützet, den Beweis seiner Behauptung beibringen; gleichviel, ob es der Kläger sey, welcher seine Klage darauf gründet, oder der Beklagte, welcher seine Einreden durch dieselbe zu befestigen suchet: da einem Jeden, welcher eine Thatsache behauptet, der Regel nach und von Rechtswegen der Beweis davon obliegt, also auch demjenigen, welcher die Einführung einer Gewohnheit behauptet, welche von dem Gegner verabredet wird *a*).

Denn obschon eine Gewohnheit den bekannten Rechten beizusetzen ist, diese aber nicht bewiesen zu werden brauchen; so kann doch dieses nur von dem geschriebenen Rechte, oder jenem, welches auf eine andere Art dem Volke durch den Gesetzgeber bekannt gemacht worden, verstanden werden, keineswegs aber von dem ungeschriebenen Rechte im eigentlichen Sinne; denn da dieses lediglich auf Thatsachen beruhet, so kann erst deren Beweis von desselben Daseyn zeugen.

Um den Beweis der Gewohnheit gänzlich von sich abzulehnen, reicht es nicht hin, sich bloß auf die Kündigkeit derselben zu berufen; wenn dieses mit Erfolg geschehen soll, so muß die angeführte Gewohnheit in der That notorisch seyn; nicht selten pflegen Sachen für ausgemacht wahr und allgemein kündig, zumalen von den Herren Advokaten, angepriesen zu werden, wovon vielleicht, der angerühmten Kündigkeit ungeachtet, nicht der geringste Beweis beigebracht werden mag. Im vorkommenden Falle ist es des Richters Pflicht, die Sache genau zu untersuchen, und bleibt

auch nur der geringste Zweifel übrig, so muß er dem Theile, welcher sich auf eine von dem Gegentheile verabredete notorische Gewohnheit beruft, ohne weitern Anstand den Beweis derselben auflegen *b*). Ich schliesse diesen §ph mit folgenden Worten des Stryk: » Ubi pristinis Juribus et » Consuetudinibus non renunciatum, Dubium omnino est, » an duobus in Judicio Contendentibus uno Legem Justinia- » neam, altero Observantiam antiquam allegante, huic » vel illi Probatio injungenda, et puto, si Observantia non » sit notoria, pro illo qui Legem Civilem pro se habet, » pronunciandum, donec probata Observantia contraria, » Jus Civile enim generatim pro Jure Communi in Consti- » tutionibus Imperii habetur, salvis tamen rationabilibus » Moribus. Atqui quamdiu de his Moribus nondum con- » stat, nihil obstabit Obligationi Juris Civilis. Aliud om- » nino foret, si Consuetudines illae notoriae vel Litteris » consignatae, uti quidem Saxonicae sunt, hoc Casu, uno » se in Jure Saxonico fundante, altero in Jure Romano, » huic incumbit Probatio, Jus Civile hoc Casu obtinere, » quippe quod alioqui non aliter, nisi Saxonico deficiente » obtinet « *c*).

*a*) L. 5. D. de Probat.

*b*) *Pehem* a. a. O. §. 934. *Müller ad Struv*, a. a. O. N. 21, Litt. a. Voet, a. a. O. N. 32. Gluck a. a. O. §. 87.

## §. 91.

### Die Art wie und wo die Gewohnheit entstanden, braucht nicht dargethan zu werden.

Es ist genug, bewiesen zu haben, daß eine Gewohnheit durch den Gebrauch des Volkes eingeführt worden sey;

wo und auf was Art sie ihren Anfang genommen habe, bedarf keiner weiteren Erörterung: meistentheils ist der Ursprung einer Gewohnheit völlig unbekannt, und derselben Beweis würde sehr erschwert, wo nicht gar zur Unmöglichkeit gebracht werden, wenn der Beweisführer bis zu ihrer Quelle hinaufsteigen müßte; wenn sogar könnte dargethan werden, daß die Gewohnheit in ihrem Ursprung die Frucht eines unvernünftigen und sittenverderblichen Grundsatzes gewesen sey, so kann auch darauf nicht mehr geachtet werden, sobald als dieselbe für itzt nicht mehr unvernünftig, nicht mehr dem Staate nachtheilig ist. (§. 52 und 53.)

Hunnius a. a. O. Q. 54. *Brunnemann ad paratit.* *Wesemb.* a. a. O. N. 22. 30.

## Zweiter Abschnitt.

## Von dem Beweise durch Zeugen.

### §. 92.

#### Von dem Zeugnisse der Rechtsgelehrten.

Das übereinstimmende Zeugniß mehrerer bewährten Rechtslehrer, welche einhellig von dem Daseyn einer Gewohnheit zeugen, ist für jenen, welcher sich auf diese Gewohnheit berufet, von der größten Wichtigkeit; denn da die größte Vermuthung für die Wahrheit eines solchen Zeugnisses streitet, so wird er dadurch des Beweises überhoben, und der Beweis des Gegentheils fällt seinem Widersacher

gänzlich zur Last; daß aber der Aussage eines einzigen auch des berühmtesten von dem Daseyn einer Gewohnheit zeugenden Rechtsgelehrten voller Glauben beizumessen, und die Gewohnheit dadurch für völlig erwiesen zu halten sey, kann weder nach den Grundsätzen der Vernunft, noch nach den Vorschriften der Gesetze zugegeben werden. Ein solches Zeugniß betrift eine Thatsache, worüber bekanntermaßen auch der gelehrteste und klügste Mann eine irrige Meinung hegen kann; Facti Interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit *a*).

Eben so wenig kann die Gewohnheit durch die Aussage eines einzigen Zeugen völlig erwiesen werden, stünde derselbe auch an der Spitze des öbersten Gerichtshofes; et nunc manifeste sanximus, sagt Konstantin, ut unius omnino Testis Responsio non audiatur, etiamsi praeclarae Curiae Honore praefulgeat *b*).

Bartolus behauptet zwar, daß hier dem Zeugnisse eines solchen Rechtsgelehrten zu glauben, und durch dasselbe die Gewohnheit für erwiesen zu achten sey, weil einem jeden Werkverständigen in Rücksicht der in sein Fach einschlagenden Sachen Glauben beizumessen wäre; gut: aber es gehört ja keineswegs zum juristischen Fache alle besondere Gewohnheiten eines Landes zu wissen; die Gewohnheiten entstehen aus Handlungen, in deren Rücksicht das Zeugniß eines Rechtsgelehrten nicht sehr viel wichtiger seyn kann, als das eines jeden andern Privatmannes *c*).

*a*) L. 2. D. de Jur. et facti ignor.

*b*) L. 9. §. 1. C. de Testib.

*c*) Hunnius a. a. O. Q. 62. *Voet* a. a. O. N. 33. *Struv*

a. a. O. N. 21 und *Müller* allda a. a. O. Diese beiden letztern behaupten ausdrücklich, und nach meiner Meinung nicht ohne Grund, daß eine Gewohnheit für völlig erwiesen zu halten sey, sobald als mehrere angesehene Rechtsgelehrte nicht allein von derselben Daseyn zeugen, sondern auch dieselbe durch ihre Kommentarien erleuchtet haben.

## §. 93.

Beim Beweise der Gewohnheit findet kein Ergänzungseid statt.

In Civilsachen kann der Regel nach der Beweisführer, wenn er die Aussage eines unbescholtenen Zeugen durch einige Vermuthungen unterstützt vor sich hat, zum Ergänzungseide gelassen werden; im Beweise der Gewohnheit aber kann kein Ergänzungseid statt finden; der Grund hiervon liegt in der Natur der Sache selbst: durch den Ergänzungseid bestätiget der Beweisführer, mit dem Zeugnisse seines eigenen Gewissens eine eigene ihn selbst betreffende nicht völlig erwiesene Thatsache; hier aber ist nicht die Rede von des Beweisführers eigener Thatsache, sondern von der stillschweigenden Einwilligung des gesammten Volkes, von Handlungen, welche nicht dem Kläger oder dem Beklagten eigen sind, sondern dem ganzen Volke angehören. Zudem, wenn man erwägt, daß zur Einführung einer Gewohnheit mehrere öffentliche Handlungen, die Eiwilligung des Volkes u. s. w. erfordert werden, so muß daraus der natürliche Schluß folgen, daß dasjenige, was durch eine Gewohnheit hergebracht seyn soll, mehreren bekannt seyn muß; demjenigen, welcher sich auf eine Gewohnheit beruft, und zur Stütze seiner Behauptung nur einen einzigen auch unbescholtenen Zeugen aufzustellen vermag, steht daher die gegründete Vermuthung entgegen, daß die angerühmte Ge-

wohnheit von den gehörigen Erfordernissen entblößt sey, indem er sonst leicht mehrere Zeugen würde haben aufbringen können; diese Vermuthung entkräftet den vielleicht in einem jeden andern Falle zureichenden halben Beweis hier so sehr, daß schon allein in dieser Rücksicht der Ergänzungseid beim Beweise einer Gewohnheit unzulässig ist.

Dieser unserer Behauptung als Regel stimmen alle Rechtslehrer bei; nur sehr wenige nehmen einige Fälle aus, wo, ihrer Meinung nach, der Ergänzungseid statt finden könne; die Gründe aber, worauf sie diese Ausnahme bauen, sind so seicht, ihre Behauptung so sehr der Natur der Sache widersprechend, daß dieselben, nach meiner Meinung, keiner weiteren Rüge bedürfen.

*Mascard* de Probat. concl. 423. N. 5.

*Berlich* Conclus. Pract. P. 1. concl. 54. n. 82.

*Hunnius* Encyclop. Jur. civ. P. 1. T. 4. c. 5. N. 36. *Voet* a. a. O. N. 33.

*Berger* Oecon. Jur. L. 1. T. 1. §. 19.

## §. 94.

### Wie viele Zeugen werden zum Beweise einer Gewohnheit erfordert?

Ueber die Anzahl der Zeugen, welche zum vollständigen Beweise einer Gewohnheit erfordert werden, sind die Meinungen der Rechtslehrer, so wie fast bei der ganzen Gewohnheitsmaterie, sehr verschieden; eine gewisse Regel daraus zu ziehen, ist äusserst schwer, wo nicht gar unthunlich; meine geringe Meinung in dieser Rücksicht ist folgende:

Wenn von einer sehr alten Gewohnheit die Rede ist, welche entweder in itzigen Zeiten nicht mehr im Gebrauch ist, oder aber eine lange Zeit hindurch, aus Mangel einer sich darbietenden Gelegenheit nicht ausgeübt werden konnte, so getraue ich mir mit Beistimmung der mehresten Rechtsgelehrten behaupten zu können, daß in diesem Falle zwey, zumalen alte Zeugen, welche von der Ausübung und dem Daseyn einer solchen Gewohnheit Zeugniß ablegen, einen vollen Beweis liefern können.

Entstände aber die Frage über eine Gewohnheit, welche auch noch in itzigen Zeiten in wirklicher Ausübung seyn soll, so würden derselben Beweis durch die Aussage zweyer, auch unbescholtener, Zeugen nicht leicht vollständig dargethan werden mögen; der Beweisführer darf sich keineswegs über die Strenge dieses Satzes beklagen; denn da ein Jeder, welcher sich auf eine Gewohnheit berufet, nothwendig die stillschweigende Einwilligung des Volkes, aus dessen Handlungen diese Gewohnheit entstanden seyn soll, folglich auch die Wissenschaft, wo nicht aller, doch gewiß der meisten Bürger, ohne welche keine Einwilligung denkbar ist, zum voraus setzen muß; so muß es ihm ein leichtes seyn, mehrere Zeugen beizubringen, welche von der angezogenen Gewohnheit eine genaue Wissenschaft haben.

Daß aber wenigstens zehn Zeugen zu diesem Beweise erforderlich seyen, kann nie mit Beifall der Rechte behauptet werden; sonderbar ist es, daß der große Voet so hartnäckig auf diese Anzahl von Zeugen besteht, obschon dessen Vater Paulus Voet sich platterdings dagegen erklärt hat *a*); vermuthlich haben die Sitten des ehemaligen Frank-

reichs, wo wenigstens zehn Zeugen zum Beweise einer Gewohnheit erfordert wurden, den Mann zu diesem Irrthum verleitet.

Jedoch auch in diesem Falle, wo von einer noch wirklich in Ausübung seyn sollenden Gewohnheit die Rede ist, bleibt es dem weisen Ermessen des Richters anheimgestellt, ob nach Beschaffenheit der Umstände zwei Zeugen zum Beweise genügen, oder ob eine größere Anzahl dazu erforderlich sey *b*).

*a*) Tract. de Statut. Sect. 3. c. 1. n. 21.

*b*) C. 5. 10. 23. de Testib. et attestat. *Struv* a. a. O. N. 21 und *Muller* allda. Lauterbach a. a. O. N. 42. Pehem a. a. O. §. 939.

## §. 95.

### Worauf die Kundschaft der Zeugen gerichtet seyn müsse.

Die Kundschaft der Zeugen muß hauptsächlich auf den Gebrauch des Volkes, die Wiederhohlung gleichförmiger Handlungen, und die Länge der Zeit gerichtet seyn; denn bleibt eins dieser Haupterfordernisse zweifelhaft, so zerfällt das ganze Gebäude des Beweises.

*Pufendorff* Obs. juris univ. T. 2. obs. 138. §. 1.

## §. 96.

### Die Zeugen müssen aus eigenem Wissen Kundschaft geben, und die Ursach dieses Wissens angeben.

Nur dann auch verdient die Aussage der Zeugen Glauben, wenn sie aus eigenem Wissen, mit Beifügung des

Grundes dieses Wissens, nicht aber aus ledigem Hörensagen anderer, Kundschaft geben. Die bloße Versicherung, daß es mit der angeführten Gewohnheit seine Richtigkeit habe, genügt daher bei weitem nicht; sondern die Zeugen müssen die Ursach ihres Wissens, den Grund ihrer Aussage genau angeben können, weil sie nehmlich immerhin gesehen, daß es so und nicht anders in ähnlichen Fällen gehalten worden, und dieses zwar zu wiederholten malen, eine lange Zeit hindurch, öffentlich, in Beiseyn und mit Vorwissen von mehreren; so daß aus ihrem Zeugnisse mit Sicherheit auf die stillschweigende Einwilligung des gesammten Volkes, oder doch des größten Theils desselben, und die übrigen Erforderniße geschlossen werden könne *a*). Pufendorff, T. 1. obs. 230, hat hierüber folgendes mit seinen Anmerkungen erleuchtetes Praejudicium: „In eadem causa deinde, „sagt er, de modo probandi Consuetudinem agitabatur. „Praeter Testimonia quaedam Privatorum injurata Articu„li Probatorii erant oblati, duoque Testes propositi. Sed „etsi pro Re nota duo Testes ad probandam Consuetudinem „utique admittendi sint, ut si forte Consuetudo Vici cu„jusdam vel oppidi probanda sit, quo casu quisque omni„um Actuum Notitiam habere potest, tamen in proposito „de probanda Consuetudine totius Ducatus Bremensis agi„tabatur, neque Testes denominati Qualitatem istam neces„sariam Testimonii dicendi de toto Ducatu habebant, ut „praesertim de Ratione Scientiae possent deponere; erant „enim Testes Praefecti, quorum quisque de Praefectura „sua commode testificari poterat, Ratione totius Ducatus „autem idonea Scientia non intelligebatur. Praeterea Ar„ticuli ipsi ad universum Ducatum accommodati non „erant, sed eo pertinebant, ut quisque Testis de sua tan-

„tum Praefectura Testimonium redderet, quo ipso Testes „singulares quoque efficiebantur, summum igitur Tribu„nal Die 6. Jul. 1715 in eadem Causa pronuntiavit hunc in „Modum: Daß Appellant durch die vorgebrachte Attestata „und Articulos probatoriales dem ihm auferlegten Beweis „kein Genüge gethan, sondern wo er durch Attestata „sein assertum von dem Herkommen des Herzogthums Bre„men darzulegen vermeyne, er keine von Privat-Personen, „sondern entweder von denen im Bremischen vorhandenen „bestellten Collegiis, dem Consistorio, oder Ministerio Ec„clesiastico, wie auch, wo diese etwan durch den Krieg „zerstreuet, von einigen ehemaln darinnen gesessenen beei„digten Membris selbige, und zwar solchergestalt beibrin„ge, daß nicht nur das allgemeine Herkommen darinnen „generaliter, sondern auch ein und andre Actus in Specie, „wobey es dergestalt gehalten worden, bezeuget werden, „wo er aber den Beweis durch Articul und Zeugen zu füh„ren gewillet; so lieget ihm ob, noch über die zwei vorge„schlagene mehrere der Sachen wahrscheinlich Kundschaft „habende Zeugen zu produciren, und dann nicht nur auf „ein oder ander Amt, sondern zuförderst generaliter auf das „gantze Herzogthum Bremen, daß daselbsten ein solches recht„beständiges Herkommen überall im Lande, und von Zeu„gen kein anders weder gesehen noch gehört sey, zu arti„culiren, und dann dieses generale Assertum durch ein „und andre Exempla und Speciales im Bremischen geschehe„ne Kirchen-Reparationes, die ohne Zuziehung der von „Adel geschehen, zu bestätigen rc.

a) *Pufendorf* observ. Jur. univ. T. 2. obs. 138. §. 1. *Schilter* a. a. O. Exercit. 2. §. 20. not. a. *Gail.* L. 2. obs. 31. n. 15. *Mascard* a. a. O. concl. 424. N. 11. 22. 67. Voet a. a. O. N. 36. Glück a. a. O. §. 87.

## §. 97.

Wannehr Zeugen von Hörensagen hier beweisen können.

Obschon nun der Regel nach durch Zeugen von Hörensagen, Testes de Auditu, Handlungen und Thatsachen nicht leicht bewiesen werden können; so findet doch dieses billig eine Ausnahme, sobald als die Wirklichkeit einer in Zweifel gezogenen allgemeinen Tradition, oder eines sehr alten Instituts dargethan werden soll: hier genügt es, wenn die Zeugen einstimmig aussagen, daß sie immer von ihren Vorfahren gehört haben, daß in vorkommenden Fällen es so, und nicht anders nach der Vorschrift einer solchen alten Gewohnheit müsse gehalten werden, sie auch selbst nie gesehen noch gehört haben, daß anders wäre verfahren worden. Daß in diesem Falle die Zeugen die besondere Fälle, wo es nach ihrer Aussage so gehalten wurde, nicht namhaft zu machen brauchen, ergeht aus der Natur dieses Beweises selbst; denn selbst die Gesetze, wenn sie sich auf ein Herkommen berufen, sagen lediglich, es sey so hergebracht, ohne die Fälle weiter namhaft anzugeben, welches dieselbe hier zur Entscheidung hinreichend achten.

Ob die Zeugen die Fälle immer namhaft machen müssen.

Ob aber bei dem Beweise einer noch wirklich in Ausübung seyn sollenden Gewohnheit, wo die Zeugen der Regel nach aus eigener Wissenschaft Kundschaft geben müssen, von denselben die besondere Fälle wo, und die Partheien zwischen welchen der angeführten Gewohnheit gemäß verfahren worden, nothwendiger Weise namhaft gemacht werden müssen, ist noch immer sehr zweifelhaft, und meines

Dafürhaltens lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen.

L. ult. C. ad Leg. Jul. Maj. C. 13. D. de Probat. Pehem a. a. O. Gluck a. a. O.

## §. 98.

### Von verneinenden Zeugen.

Die in den Aussagen der Zeugen enthaltene bloße Verneinung einer Thatsache kann zu dem Beweise der angeführten Gewohnheit nichts beitragen; wenn daher die Aussagen der Zeugen nur dahin gehen, daß sie nie der angeführten Gewohnheit widersprechende Handlungen vornehmen gesehen haben; daß sie nicht wüsten, daß das Gegentheil gebräuchlich sey u. s. w., so kann daraus gewiß nicht auf das wirkliche Daseyn einer entgegengesetzten Gewohnheit geschlossen werden, sondern hierzu werden wirkliche Handlungen, welche die Gewohnheit hervorgebracht haben, und nachher derselben gemäß vorgenommen worden sind, erfordert.

Eben so wenig kann die Abschaffung einer frühern Gewohnheit durch eine später entstanden seyn sollende Entwöhnung durch derartige verneinende Aussagen dargethan werden; um diesen Beweis zu führen, müssen die Zeugen von Handlungen Kundschaft geben, welche der frühern Gewohnheit geradezu widersprechen; und überdem, daß sie nie gehört, noch gesehen haben, daß diese letztere Handlungen durch unähnliche und widersprechende untermischt worden seyen: denn alte Rechte können nicht durch den bloßen Nichtgebrauch und den Mangel an Handlungen, sondern nur

nur durch eine Reihe von ähnlichen, widersprechenden, öffentlich ausgeübten Handlungen abgeschaft werden; und nicht selten entziehen Verträge und andere Privatvereinbarungen die Gelegenheit von den an einem Orte üblichen Rechten Gebrauch zu machen.

*Gail* L. 2. obs. 60. n. 3. Mascard a. a. O. N. 3. Voet a. a. O.

## §. 99.

### Von Zeugen, welche aus der Gewohnheit Nutzen zu hoffen haben.

Dem Zeugen, welcher aus der Gewohnheit, wofür er Kundschaft giebt, einen Nutzen zu gewärtigen hat, ist natürlich nicht leicht zu glauben; es sey dann, daß der zu hoffende Nutzen denselben nicht hauptsächlich, sondern nur in einer mittelbaren und entfernten Rücksicht träfe: ein Beispiel hiervon stellen die Rechtslehrer in der Gewohnheit, die Quartam dem Bischofe zu versagen, auf; diese Gewohnheit, glauben sie, könne durch die Geistliche und die Vorsteher der Kirche selbst bewiesen werden, indem der aus dieser Gewohnheit entspringende Nutzen dieselbe nur mittelbar und in entfernter Rücksicht, unmittelbar aber und hauptsächlich ihre Kirche beträfe.

Mascard a. a. O. N. 58.

## Dritter Abschnitt.

### Von dem Beweise durch Urkunden.

§. 100.

Die Gewohnheit mag durch öffentliche Urkunden bewiesen werden.

Auch kann die Gewohnheit durch öffentliche Urkunden, gerichtliche Zeugnisse, rechtskräftige Urtheile u. s. w. bewiesen werden *a*); dieses ist die leichteste Art des Beweises, besonders wenn von alten Gewohnheiten die Rede ist; Zasius heißt sie mit Recht einen bewiesenen Beweis, Probationem probatam; wenn nur gesagte Instrumente aus öffentlichen Archiven und Protokollen gezogen sind: zu diesem Endzweck können die Gerichtshöfe und andere öffentliche Körper zu Auflegung ihrer Protokolle, worin die Gewohnheit enthalten seyn soll, gezwungen werden, wie dieses Zasius in einem vorgekommenen Falle, den gegenseitigen Einreden ungeachtet, bewirket zu haben bezeugt; eine auf diese Art bewiesene Gewohnheit ist für notorisch zu achten *b*).

*a*) C. 7. de Probat.

*b*) *Hunn. ad Treutl.* V. 1. D. 1. Th. 9. Q. 52.

§. 101.

Von dem richterlichen Zeugnisse.

Jedoch kann die bloße Bezeugung des Richters, daß diese oder jene Gewohnheit wirklich eingeführt sey, ohne

besondere, eine lange Zeit hindurch wiederholte ähnliche, und durch die gerichtliche Acten belegte Handlungen anzuführen, den hier erforderten Beweis keineswegs liefern, und obschon es einige Rechtslehrer giebt, welche einer solchen allgemeinen und unbestimmten Bezeugung, wenn dieselbe nur durch das gerichtliche Insiegel und durch die gewöhnliche Unterschrift bekräftigt wäre, die Kraft eines halben Beweises beilegen, so wird jedoch diese Behauptung von den meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten mit vollem Rechte verworfen; indem es einmal unbezweifelten Rechtens ist, daß ein bloß allgemein abgefaßtes Zeugniß, welches durch keinen Grund der Wissenschaft unterstützt wird, gar keinen, vielweniger einen halben Beweis, der Regel nach, beibringen könne.

Wegen der für das richterliche Amt sprechenden großen Vermuthung von Glaubwürdigkeit, ist ohne Zweifel dem Richter voller Glauben, der Regel nach, beizumessen, wenn er von Sachen zeugt, welche von den Partheien vor ihm sind verhandelt worden; dieses kann aber nicht auf Sachen ausgedehnt werden, welche des Richters Amt und selbst eigene Handlungen betreffen; dieses würde aber eintreten, wenn zum Beweise der Gewohnheit, das ledige Anerkennen des Richters, daß dieses oder jenes Gewohnheit sey, genügen sollte; da doch die Gewohnheit Thatsache ist, und daher auch den klügsten Mann in Irrthum bringen kann, auch nicht einmal der Fürst selbst, ohne vorherige Untersuchung, das Daseyn einer Gewohnheit mit Gewißheit versichern mag.

L. 2. D. de Jur. et fact. ign. c. 1. de constit. in 6to. *Schilter* Praxis Juris Rom. Exercit. 2. §. 23. *Struben* Rechtl. Bed. Th. 2. Bed. 59. §. 4. Glück a. a. O. §. 87.

## §. 102.

### Fortsetzung des vorigen Syhen.

Mevius und Pufendorf führen einige Praejudicia hierüber mit ihren Entscheidungsgründen an, welche hier nicht unwillkommen seyn möchten.

*I.* » Allegabatur Consuetudo, Lubecensi Juri, quo Civitas utitur, contraria, quod Mulieri, non modo sine » Mariti Voluntate testari, sed et de Bonis hereditariis seu » patrimonialibus, von Erbgütern, Fas sit; pro illa autem » probanda nihil praeter Attestatum Magistratus Loci ad» ductum fuit. Praeterquam autem quod illius Tenor ni» mis generalis non exacte sonabat in eum sensum, pro » quo adducebatur, quod tamen factum oportuit, credi» tum est, tale *nudum Attestatum*, sine ulla Mentione Ac» tuum, in quibus sic servatum, minime ad Probationem » Consuetudinis sufficere, quando quidem ista Facti est et » plene cum omnibus suis requisitis probanda. Cujus vi» cem Magistratus vel Judiciis dictum nudum sine alia Fi» de non habet. Praeterea ut nascitur et consistit Consue» tudo ex Actibus, sic ex iis verificanda, ita ut minime » sufficiat generaliter dicere, esse eam in Loco Consuetudi» nem, sed necesse est allegare et verificare omnia ejus re» quisita. Quocirca placuit, illo non attento, judicare, » hanc in Forma probante prius esse demonstrandam. In » Causa Harding Petersen et Consorten, C^a^ Erasmum Hagel» schlachten et Consortes Die 8. Jan. 1656. « *Mevius* Part. 4. Dec. 2.

*II.* » Idemque ad Judicis quoque Testimonium trans» ferendum est, ut nisi Actus speciales contineat, Fidem

»non faciat. Et ita summum Tribunal judicavit d. 26. » Oct. 1744 in Sachen etc. his verbis: Nachdemmalen in „dem von Appellanten producirten attestato judiciali einige „Actus oder Res Judicatae, wodurch die angebliche Obser= „vanz bestärket werden könte, nicht angeführt worden, so „hat Appellant dadurch den ihm in unserer Relevantz=Urtheil „nachgelassenen Beweis rechtlicher Art nach, nicht vollführt ꝛc.“ *Pufendorff* Obs. Jur. univ. T. 2. Obs. 138. §. 2.

## §. 103.

### Von Notarial=Instrumenten.

In die Reihe der öffentlichen Urkunden gehören auch die vor einem Notarius gehörig errichtete Instrumente; also auch durch Notarialinstrumente kann eine Gewohnheit erwiesen werden. Unterdessen sind nur äusserst wenige Fälle denkbar, wo eine Gewohnheit durch Notarialdokumente zu erweisen wäre: im vorkommenden Falle entsteht die Frage, ob nur zwei, oder aber mehrere solcher Dokumente zu dem Beweise erfordert werden? Das meiste kömmt wohl hier auf das vernünftige Ermessen des Richters an, welcher genau erwägen muß, ob die beigebrachte Instrumente von jüngern Zeiten herrühren, oder aber ein ziemliches Alter vor sich haben; ob die Gewohnheit, wovon die Frage zur Erörterung liegt, wider die Gesetze, oder nur bei Mangel derselben eingeführt worden sey, in jenem Falle ist ihm eine grössere Behutsamkeit zu empfehlen, als in diesem.

## §. 104.

### Von Privatschriften.

Obschon Privatschriften und Urkunden nie eine Gewohnheit völlig beweisen mögen; so kann doch nach Maaß=

gabe der Umstände ein halber Beweis durch dieselbe geführt werden, vorzüglich wenn entweder ein ehrwürdiges Alter für sie spricht, oder die Unterschrift mehrerer Zeugen die Wahrheit ihres Inhalts bekräftigt.

*Müller ad Struv.* a. a. O. N. 21. Litt. e.

### §. 105.

Von den Parömien.

Auch deutsche annoch gangbare **Parömien** (Nationalsprüchwörter), welche einen Rechtsgrundsatz ausdrücken, können als Ueberlieferungen der Gewohnheitsrechte angesehen werden. Jedoch enthalten viele derselben auch nur Volksvorurtheile in Rechtssachen; andere sind durch Alter und veränderten Sprachgebrauch undeutlich und unbestimmt worden; und noch mehrere drücken längst veraltete Rechtssätze aus; sie müssen also überhaupt mit Vorsicht gebraucht, und nothwendig durch andere Gründe unterstützt werden, wenn sie zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes dienlich seyn sollen.

Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 57.

## Vierter Abschnitt.

### Verhaltungsregeln.

Ich schliesse die Materie von dem Beweise der Gewohnheit mit einem kurzen Entwurf der Art, wie bei diesem Be-

weise systematisch zu verfahren sey, Glück soll mein Führer seyn.

## §. 106.

### Regeln im allgemeinen.

Eine wahre Beherzigung des vorhergehenden muß einen Jeden überzeugen, daß der Beweis einer Gewohnheit mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey; die Gewohnheit muß völlig erwiesen werden, der Beweisführer kann nicht einmal zum Ergänzungseide zugelassen werden.

Wer sich auf eine Gewohnheit stützet, muß vor allem untersuchen, ob er den ihm obliegenden Beweis durch rechtskräftige Urtheile, gerichtliche Acten und andere öffentliche Urkunden darthun kann; fehlt ihm diese leichtere Art des Beweises, so bleibt nichts übrig, als den schwierigen Beweis durch Zeugen anzutreten; hier muß er die zu erweisende Erfordernisse genau vor Augen haben, mit der größten Sorgfalt schliessende Probatorialartikel entwerfen, und eine gehörige Anzahl Zeugen darüber in Vorschlag bringen.

## §. 107.

### Hauptpunkte des Beweises.

Der ganze Beweis beruhet auf zwei Hauptpunkten, worauf der Beweisführer sein Augenmerk vorzüglich richten muß; *I.* dasjenige was bewiesen werden muß, Thema probandum; *II.* die Art jenes zu beweisen.

## §. 108.

### Regel in Rücksicht auf das Thema probandum.

Das Thema probandum erhält seine Bestimmung aus der

Natur und den Erfordernissen einer gesetzlichen Gewohnheit; daher, weil zu Einführung einer jeden Gewohnheit mehrere gleichförmige Handlungen erfordert werden, so ist der nöthige Beweis noch lange nicht dadurch beigebracht, wenn nur im allgemeinen dargethan wird, daß die angezogene Gewohnheit an einem Orte gäng und gebe sey, sondern die eigentliche Handlungen und Fälle, wodurch die angezogene Gewohnheit ihr Daseyn erhalten haben soll, müssen mit allen begleitenden Umständen beigebracht werden.

Unterdessen verfährt der Beweisführer gewiß nicht unzweckmäßig, welcher allgemeine die Wirklichkeit der Gewohnheit betreffende Probatorialartikel vorausschickt, und dann mit den specielleren Artikeln den Beschluß macht. Denn es muß erwiesen werden, daß bei vorkommenden Fällen, immer einförmig verfahren worden, und zwar auf die Art als es die angezogene Gewohnheit erheischt.

## §. 109.

### Die Ununterbrochenheit bedarf keines Beweises.

Daß die Reihe der beigebrachten ähnlichen Handlungen nie durch widrige Handlungen unterbrochen worden sey, bedarf keines Beweises; denn dies hiesse eine Verneinung beweisen müssen, welche der Regel nach nicht bewiesen werden kann. Daß die beigebrachte Handlungen durch widrige und abweichende unterbrochen worden seyen, liegt daher dem Gegner darzuthun ob; hieraus kann und muß derselbe bei Antretung des Gegenbeweises seine wirksamste Waffen entlehnen.

C. 23. de Elect.

## §. 110.

### Anzahl der zu beweisenden Handlungen.

Die Bestimmung, wie viele Handlungen erwiesen werden müssen, ob vielleicht schon zwo genügen, ist, wie oben bemerket worden, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt; Böhmer *a*) glaubt, daß die Wirklichkeit der Gewohnheit durch zwo erwiesene mit den gehörigen Erfordernissen begleitete Handlungen völlig könne dargethan werden, jedoch unter folgender Einschränkung: si Actus duo illustres ac notabiles probati fuerint, ita ut exinde Fides Judici fieri possit, tale Jus non scriptum exstare. Aber am sichersten geht wohl der Beweisführer, wenn er so viele Handlungen beibringt, als ihm nur immer thunlich ist.

*a*) Jus Eccles. Prot. T. 1. L. 1. Tit. 4. §. 42.

## §. 111.

### Die Gewohnheit contra Jus erfordert mehrere Handlungen, als jene praeter Jus.

Daß zum Beweise einer Gewohnheit, welche wider die positive Gesetze eingeführt seyn soll, mehrere Handlungen erfordert werden, als wenn nur lediglich von einer Gewohnheit die Rede ist, welche praeter Jus entstanden, bleibt eine ausgemachte Wahrheit; indem daraus, daß der Gesetzgeber eine oder andere dem geschriebenen Rechte widersprechende Handlungen nicht gleich ausdrücklich gemißbilligt oder geahndet haben sollte, noch in keine Wege vermuthet werden mag, daß nun auch derselbe in die Veränderung oder die Abschaffung seines Gesetzes stillschweigend eingewilligt habe; wenn nicht andere Gründe für diese Vermuthung streiten.

## §. 112.

### Die Handlungen müssen dem Richter mit allen Umständen vorgelegt werden.

Die Handlungen, wodurch eine Gewohnheit erwiesen werden soll, müssen dem Richter mit allen ihren Umständen vor Augen gelegt werden; auf daß derselbe beurtheilen könne, ob dieselbe wirklich unter sich ähnlich, wirklich dem zur Frage liegenden Falle gleichartig seyen, oder ob wenigstens dieser als Gattung unter jenen als Art begriffen sey.

## §. 113.

### Die Handlungen müssen in dem zur Frage liegenden Orte selbst vorgenommen worden seyn.

Daß die Handlungen an dem Orte müssen vorgenommen worden seyn, wo der Beweisführer die angezogene Gewohnheit hergebracht zu seyn behauptet, leidet keinen Zweifel; denn daraus, daß etwas anderwärts gång und gebe ist, kann noch nicht gefolgert werden, daß dieses auch am angezogenen Orte Sitte sey.

## §. 114.

### Ob die Gewohnheit in individuo zu beweisen seye, oder ob auch hier Analogie statt finde.

Mehrere Rechtslehrer behaupten, die Gewohnheit müsse im einzelnen Falle (in specie, in individuo) bewiesen werden, das heißt, es müsse bewiesen werden, daß der itzt zur Erörterung stehende Fall, schon oft und in Begleitung ganz der nämlichen Umstände vorgekommen sey, und immer die angezogene Gewohnheit zur Norm des Verfahrens

gehabt habe; andere aber halten im Gegentheil die Aehnlichkeit von Fällen schon für hinlänglich, diese letztere Meinung ist nach meinem Ermessen die richtigste: und in der That, da die geschriebene Rechte überall die Analogie billigen und dieselbe sogar empfehlen, so ist kein Grund einzusehen, warum nicht ebenfalls beim ungeschriebenen Rechte auf Analogie zu achten wäre; dieser Behauptung widerspricht der *L. 1. C. quae sit longa cons.* so wenig, daß er sie vielmehr durch die Worte: quae in oppido frequenter in eodem Controversiarum Genere servata sunt, ganz klar bestätiget; und diese Bestätigung tritt vollends in ein unverkennbares Licht, sobald man den vorhergehenden Satz mit dem folgenden: nam et Ratio quae Consuetudinem suavit, custodienda est, verbindet.

Die Aehnlichkeit der Fälle darf aber nicht lediglich ein Hirngespinnst des Beweisführers seyn, sie muß nothwendig ihre Wirklichkeit haben; ich muß gestehen, daß es in der Anwendung nicht selten schwer zu bestimmen ist, ob die angerühmte Aehnlichkeit vorhanden sey oder nicht; um dieses Urtheil zu erleichtern, will ich mit Glück eine Regel aufstellen, wonach die Aehnlichkeit von Fällen zu beurtheilen ist: Der zu erörternde Fall, obschon derselbe an und für sich einzeln und insbesondere betrachtet, noch nie vorgekommen seyn möchte, muß nicht allein im allgemeinen unter eine gewisse Art von Fällen als Gattung gereihet werden können, sondern auch der nemliche Grund, welcher für die Art streitet, muß insbesondere dem vorkommenden Falle das Wort sprechen; ist dies dargethan, so ist der gegebene Fall für gleichartig zu ach-

ten; und der Beweisführer hat alles gethan, wenn er die Gewohnheit der Art, worin der gegebene Fall als Gattung enthalten ist, erwiesen hat.

§. 115.

Fortsetzung des vorigen Sphen.

*Leyser Specim.* 9. *N.* 8. setzt diese Materie sehr schön auseinander; nachdem er unserer Behauptung durchaus das Wort gesprochen, bringt er ein Praejudicium bei, welches die ganze Sache ausnehmend beleuchtet: »Communis est »Doctrina, sagt er, Consuetudinem specifice probari, hoc »est, ostendi debere, illum ipsum Casum, de quo nunc »controvertitur, eundum prorsus in Modum alio Tempore »extitisse. Nos vero id semper necessarium non putamus, »sed sufficere credimus, ut Consuetudo in Genere demon- »stretur. Rem optime Exemplo declarabimus: decesserat »Civis Magdeburgensis, relictis Fratrum unilateralium »Liberis et Consobrinis. Hi simul cum illis ad Heredita- »tem admitti cupiebant, et Fundamentum Petitionis suae »in eo ponebant, quod Jus Saxonicum hoc Casu a Magde- »burgensibns receptum sit. Igitur hujus Receptionis »Probatio ipsis imponebatur. Quam sic peragebant: ut »primò generaliter per Testes ostenderent, Magdeburgi in »successionibus Jus Saxonicum observari; deinde Exempla »varia, inter quae tamen id, de quo nunc controverteba- »tur, non erat, Rerum secundum Jus Saxonicum judica- »tarum afferrent. Negabant Adversarii Actores sententiae »satisfecisse, quod specifica Probatio deficeret. Ad Icti »secundum eam Litem dederunt. A toto enim ad Partem »recte arguitur. Igitur is, qui Jus, quo certae species

„continentur, generatim receptum esse contendit, ad Pro-
„bationem singularum Specierum non obstringitur. Quam-
„obrem sic pronunciatum fuit Mense Decembri 1716. „Es
haben Intervenienten bescheinigen sollen, daß in dem Falle,
„wenn des Verstorbenen Mutter-Bruders Kinder mit denen
„Halbgeschwister Kindern bei der Erbschaft concurriren, die
„Sache nach dem Sachsen-Recht zu decidiren sey. Nachdem
„sie nun diese Bescheinigung geführet, so bemühen sich Kläge-
„re dieselbe anzufechten, und führen unter andern dawider
„an, daß eine Gewohnheit specifice bewiesen werden müsse,
„hingegen alle von Intervenienten beigebrachte Actus von
„dem gegenwärtigen ganz unterschieden, demnach zu dessen
„Behauptung nicht hinlänglich wären; überdies das Sach-
„sen-Recht, wenn es ja zu alten Zeiten zu Magdeburg im
„Schwange gegangen, durch die erfolgte Policey-Ordnung
„wieder aufgehoben worden, aus welchen Ursachen es das
„Ansehen gewinnet, ob hätten Intervenienten die ihnen
„auferlegte Bescheinigung gebührend nicht vollführt, und
„wären demnach mit ihrem Suchen gänzlich abzuweisen.
„Alldieweil aber Intervenienten generaliter zu bescheinigen
„übernommen, daß das Sachsen-Recht in denen bei der
„Stadt Magdeburg vorfallenden Erbgangs- und andern
„Sachen eingeführt sey, demnach implicite zugleich ge-
„genwärtigen Casum in denen auf obberührte universalem
„Observantiam gerichteten Artikeln begriffen und selben
„absonderlich beizubringen nicht nöthig gehabt, hiernächst
„diese generalis Receptio Juris Saxonici, was die alten
„Zeiten betrift, aus denen Historien und Nachrichten über-
„flüßig bekannt ist, folglich die rechtliche Vermuthung,
„daß die Sachen im alten Stande geblieben, und vielbe-
„sagtes Jus Saxonicum in Ermangelung einer deutlichen

„Abrogation noch heut zu Tage üblich seye, erwächset; „ferner aus so vielen von Intervenienten angezogenen Ur„theilen, Bescheiden, Protocollis, Attestatis Actorum etc. „zur Genüge erhellet, daß das Sachsen-Recht annoch be„ständig zur Richtschnur in Entscheidung der streitigen Erb„gangs-Sachen diene, dawider denn Klägere keinen eini„gen Actum contrarium beizubringen vermocht, .... „so haben wir, daß Intervenienten dasjenige, was ihnen „zu bescheinigen obgelegen, und sie sich angemasset, zu „Recht bescheiniget, gesprochen."

## §. 116.

### Welche Erfordernisse mit den Handlungen zu erweisen seyen.

Zum Beweise einer Gewohnheit genüget nicht mehrere gleichförmige Handlungen beizubringen, es muß überdem dargethan werden, daß die beigebrachte Handlungen von den übrigen Erfordernissen gehörig unterstützt seyen; es versteht sich, daß hier nur von solchen Erfordernissen die Rede seyn kann, welche nicht schon an und für sich der Natur der Sache gemäß vermuthet werden müssen; so z. B. bedarf die Vernunftmässigkeit keines Beweises, sie wird so lange für die Gesellin einer jeden Gewohnheit gehalten, bis das Gegentheil klar am Tage liegt.

Es muß aber dargethan werden, daß die Handlungen öffentlich und mit der Meinung von Verbindlichkeit vorgenommen worden; wenn nicht auch diese Erfordernisse schon aus der Natur der beigebrachten Handlungen von sich selbst hervorgehen; denn gesetzt, es sey schon ein- oder andermal über solche Handlungen vor Gericht gestritten worden, so

ist gewiß in Ansicht der ebengesagten Erfordernisse kein weiterer Beweis nöthig.

Nicht selten kann auch der Fall eintreten, daß die zu Einführung einer Gewohnheit erforderte Zeit schon sattsam aus den beigebrachten besondern Handlungen erhellet; mithin fällt auch dann in dieser Rücksicht der fernere Beweis weg. Wäre aber wo der, zu Einführung einer Gewohnheit nöthige, Zeitraum entweder durch ausdrückliche Gesetze, wie in Sachsen, oder durch den Gerichtsgebrauch ein für allemal bestimmt, so muß in jedem Falle dessen Ablauf erwiesen werden.

Sobald als die zu Einführung einer Gewohnheit nöthige Handlungen gehörig dargethan sind, es auch mit dem Daseyn der übrigen Erfordernisse seine Richtigkeit hat, so wird die Einwilligung des Gesetzgebers so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist.

## §. 117.

Uebrigens ist der sonst schwierige Beweis der Gewohnheit weit leichter zu führen, wenn nicht das wirkliche Daseyn, sondern lediglich der heutige Gebrauch einer in den Sammlungen des mittleren Zeitalters, z. B. des Sachsenspiegels, befindlichen Gewohnheit zur Erörterung steht.

## §. 118.

**Ist die Gewohnheit der Art erwiesen, so ist dieselbe auch für die Gattungen als erwiesen zu achten.**

Aus dem Vorgetragenen lassen sich nun nachstehende wichtige Schlüsse folgern:

*I.* Sobald als eine Gewohnheit der Art bewiesen ist, so ist dieselbe für alle Fälle, welche als Gattung unter jener begriffen sind, so lange als erwiesen zu achten, bis das Gegentheil dargethan ist; als Jurist habe ich bereits oben über diesen Satz gesprochen, ich will nur noch als Logiker einige Worte hinzufügen: Die von der Art bewiesene Gewohnheit ist nach den bekanntesten Principien der Logik zu den Predikaten derselben zu rechnen; nun aber nach den eben gesagten Principien sind die Predikate der Art auf die Gattungen derselben anzuwenden; folglich wenn die Gewohnheit als Predikat von der Art erwiesen worden, so ist dieselbe auch von dem Falle, welcher als Gattung unter jener Art begriffen ist, als erwiesen zu achten.

## §. 119.

### Von einer Gattung auf die andere, und von einer Gattung auf die Art kann nicht geschlossen werden.

*II.* Kann die Gewohnheit der Art nicht dargethan werden, so bleibt nichts übrig als den gegebenen Fall einzeln und an und für sich betrachtet zu beweisen; es würde sogar dem Beweisführer nichts frommen, die angezogene Gewohnheit von Fällen zu beweisen, welche mit dem zur Frage liegenden Falle, Gattungen einer und derselben Art ausmachen; indem bekanntermaßen von einer Gattung als Gattung betrachtet nie auf eine andere richtig geschlossen werden mag; die Predikate der Art müssen zwar, der Natur der Sache gemäß, auch auf die untergeordneten Gattungen anwendbar seyn, die Gattungen aber selbst können unter sich durch sehr verschiedene Eigenschaften abgesondert stehen. Noch vielweniger kann von einer Gattung auf die Art selbst geschlossen werden.

## §. 120.

**Die Gewohnheit des Landes erstreckt sich der Regel nach auf alle Orte und Familien dieses Landes.**

*III.* Eine, in einem ganzen Lande, allgemein herrschende Gewohnheit erstreckt sich der Regel nach auf alle einzelne Orte und Familien dieses Landes; in einem und dem nemlichen Lande können über denselbigen Gegenstand keine verschiedene Gewohnheiten vermuthet werden. Ist daher eine solche allgemeine Gewohnheit gehörig bewiesen, so bedarf die Behauptung, daß diese Gewohnheit an einem gegebenen Orte, bei einer gegebenen Familie dieses Landes gleichfalls hergebracht sey, keines weiteren Beweises; daß dieses der Fall sey, wird vermuthet, und dem Gegner liegt das Gegentheil darzuthun ob.

C. 3. de Cognat. spirituali. Arg. L. 30. D. ad Municip. L. 76. D. de Rei Vind. L. 7. §. 6. D. de Pactis. *Consil. Marpurg.* V. 2. Cons. 11. N. 19 et 95. Vol. 4. Cons. 23. N. 31 sq. Cons. 37. N. 1084.

## §. 121.

**Die Gewohnheit eines Landes kann nicht auf ein anderes ausgedehnt werden.**

*IV.* Die Gewohnheit eines Landes kann nicht auf ein anderes ausgedehnt werden, wenn gleich beide in Rücksicht der Regierung vereinigt worden sind. Auch das kleinste Ländchen, welches mit einem größern verbunden wird, behält dennoch der Regel nach seine eigene, besonderen Gesetze und Gewohnheiten bei, wenn nicht ein anderes rechtlich festgesetzt worden ist; indem im Zweifel immer dafür zu

halten ist, daß die Vereinigung und sogar die Einverleibung von Ländern so vorgegangen sey, daß ein jedes der verbundenen Länder seine Rechte ungekränkt beibehalte, und sie in dieser Rücksicht immerhin als besondere Territorien anzusehen seyn; hauptsächlich ist dies der Fall, wenn die vereinigten Territorien gar ihre vorherige Namen beibehalten und durch die Vereinigung nicht verloren haben *a*). Die *Decis.* 185. *Part.* 2. beim Mevius wird diese Sache in ein helleres Licht setzen; hier ist sie: »Etsi Ducatus Verdensis a S. »Regia Majestate sub eodem Regimine et Judiciis iisdem »Bremensi Ducatui conjunctus est; tamen quod hujus Sta- »tutum seu Recessus habet, ad istius incolas, nisi ex Re- »ceptione, non pertinet. Conjunctio enim illa saltem »concernit gubernandi Modum, non autem omnimodam »Unionem seu Incorporationem facit. Et licet fecisset, »tamen non aliter accipienda esset, quam salvis cujusque »Terrae Legibus, Moribus atque Privilegiis, quandoqui- »dem diversi Ducatus remanent, et singuli Nomina sua re- »tinent. Non obstat, quod Icti statuunt, generalem Le- »gem vel Consuetudinem Provinciae, quamvis ejus Partem »et omnes ejus Accessiones obligare; quando Verdensis »Episcopatus, nunc Ducatus, ex aequali Conjunctione »redditus non est Pars Bremensis Terrae, sed ab ea separa- »tus Ducatus remanet, suisque Juribus specialibus non »minus nunc, quam antea, utitur. Quocirca nisi vel »publica Lege, vel suo consensu peculiaria Ducatus alteri- »us Jura reperiuntur ad istum producta, non est iis alter »obnoxius faciendus atque habendus. Idcirco, etsi de Du- »catus Bremensis Statuto et Consuetudine de solennibus »Appellationum exorta Disputatio non sineret, usque ad »Compositionem vel Decisionem arctiores Compulsoriales

» decernere, in Causis tamen Ducatus Verdensis commune
» Jus sequi oportuit. Ideo illud Decretum justum visum
» est, in Cam *Senatus Verdensis* Ca. Frantz *Panning* Die
» 6. Jun. 1654.«

a) *Mevius* P. 2. D. 185. N. 1. 2. 3.

## §. 122.

### Die Stadtsgewohnheit trift die befreieten Orte und Personen nicht.

*V.* Die für eine ganze Stadt hergebrachte Gewohnheit kann dennoch der Regel nach nicht auf jene Orte und Personen ausgedehnt werden, welche dem Stadtsgebiet nicht unterworfen sind: denn obschon diese Orte, diese Personen in der Stadt gelegen und wohnhaft sind, so sind dieselbe jedoch in Rücksicht auf die Stadtsjurisdiction als ausser derselben befindlich anzusehen; die Wirkungen daher einer solchen Jurisdiction, welche sich nach den Stadtsrechten und Gewohnheiten äussern müssen, können die davon befreieten Orte und Personen nicht treffen; hier tritt der bekannte Spruch ein: Paria sunt Locum non esse de Territorio seu esse extra Territorium, et esse in Territorio, sed Exemtum.

*Mevius* P. 2. D. 30.

# Fünftes Hauptstück.

## Angrenzende Gattungen.

## Erster Abschnitt.

### Der Nichtgebrauch. Non - Usus.

§. 123.

Gegenstand dieses Abschnitts.

Der Nichtgebrauch, *Non-Usus*, ist das gewöhnliche Streitroß, worauf sich die Advokaten herumtummeln, wenn sie durch Anführung eines Gesetzes, besonders aus dem römischen Gesetzbuche, in die Enge getrieben werden. In wie weit daß diese oder jene Klage, welche die römische Gesetze uns darbieten, noch bei uns gäng und gebe sey, ist hier zu erörtern der Platz nicht; wir wollen uns lediglich mit Beantwortung der Frage abgeben, ob ein Gesetz für abgeschafft und ohne weitere Wirkung zu halten sey, sobald

als erwiesen werden kann, daß seit langer Zeit niemand sich dessen Verfügungen zu Nutzé gemacht hat?

## §. 124.

### Der bloße Nichtgebrauch hebt der Regel nach kein Gesetz auf.

Hienge das Ansehen eines Gesetzes, oder eines an einem Orte eingeführten Rechtes von der willkürlichen Einwilligung und Genehmigung der Unterthanen ab, so würde diese Frage leicht dahin zu beantworten seyn, daß durch den Nichtgebrauch jenes Gesetzes oder jenes Rechtes, auch dessen Verordnungen erstorben seyen; aber nahe seiner Auflösung würde der Staat seyn, worin dieser verderbliche Grundsatz herrschte; und wer könnte wohl, ohne als Gegenfüßler der gesunden Vernunft aufzutreten, den Gebrauch oder den Nichtgebrauch der Unterthanen als Waagschale der Wirkung oder der Nichtwirkung des geschriebenen Rechtes aufstellen.

Nur jener vermag Gesetze aufzuheben, welcher dieselbe erlassen kann; nur jener hat die Befugnis aufzulösen, welcher binden kann: diese Sätze wird wohl Niemand in Abrede stellen können.

Die Gesetze werden erlassen, um ewig zu wirken; bei keinem Pritvatmanne wird der Regel nach Aenderung des Willens vermuthet *a*): wie kann man also eine Veränderung des Willens in dem Gesetzgeber, oder des einmal von ihm festgesetzten Rechtes vermuthen?

Die Nachlässigkeit eines oder mehrerer Bürger, welche ihr Recht entweder verwahrlosen, oder sich gar desselben

nicht bedienen wollen, kann anderen vorsichtigern in keiner Rücksicht im Wege stehen. Es ist einem Jeden erlaubt, auf das ihm zustehende Recht Verzicht zu leisten, was geht dies aber Andere an, welche dem ihrigen keineswegs entsagt haben? Gesetzt, seit tausend Jahren hätte kein Deutscher ein Testament errichtet, wer wollte daraus schliessen, daß die Befugniß, über sein Vermögen durch Errichtung einer letzten Willensmeinung zu verfügen, einem Jeden gänzlich genommen sey *b*)?

*a*) L. 22. D. de Probat.

*b*) *Stryk* Usus Mod. Pand. Discurs. Prael. §. 34.

## §. 125.

### Fortsetzung des vorigen Syhen.

Die Wahrheit unserer Behauptung ist keinem Zweifel unterworfen, wenn wir von Gesetzen sprechen, welche weder gebietend noch verbietend sind, und blos gleichgültige Handlungen bezwecken, deren Vornehmung oder Unterlassung der Willkür der Unterthanen freigestellt sind; in diesem Falle kann der dem Gesetzgeber auch bekannte Nichtgebrauch von keiner Wirkung seyn; derselbe hatte ja bei Erlassung eines solchen Gesetzes in keine Wege die Absicht, die Unterthanen zur Benutzung dessen Verfügungen zu zwingen, er ertheilte nur einem jeden die Befugniß nach seinem Belieben Gebrauch davon zu machen, ohne derer Freiheit einzuschränken, welche dieses nicht wollten; in beiden Fällen bleibt der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers unverletzt. Auch sind wohl jene Rechtslehrer anders nicht zu verstehen, welche dem Nichtgebrauch die Macht, Gesetze zu entkräften, beilegen *a*).

Aber auch gebietende und verbietende Gesetze vermag der Nichtgebrauch allein nicht aufzuheben: man denke sich z. B. ein die öffentliche Ruhe bezweckendes Strafgesetz, sollte wohl die Verordnung desselben dadurch zernichtet seyn, daß seit langen Jahren die darin mit Strafe bedrohete Verbrechen mehrmalen begangen worden, ohne daß die Obrigkeit die Verbrecher zur Strafe gezogen hätte? Gewiß nicht. Denn erstens werden nicht selten Verbrechen begangen, welche der Obrigkeit unbekannt bleiben, und in diesem Falle kann man gewiß die Einwilligung des Gesetzgebers in die Abschaffung des Strafgesetzes nicht annehmen. Wären nun aber auch wirklich die Verbrechen zur Wissenschaft der Obrigkeit gekommen, diese hätte aber mit Hindansetzung ihrer Pflicht dieselbe nicht geahndet, so kann man auch noch in diesem Falle nicht vermuthen, daß der Gesetzgeber in die Abschaffung seines Strafgesetzes gewilligt habe; denn da ein jedes Verbrechen einmal so geartet ist, daß die Ruhe und das Heil des Staates dessen Bestrafung gebeut, so würde man sagen müssen, der Gesetzgeber habe durch die Genehmigung der Unterlassung der Strafe, auch das Verbrechen selbst genehmigt, ein Verbrechen, welches nicht allein den Umsturz des öffentlichen Wohls drohet, sondern welches auch der Gesetzgeber selbst durch scharfe Strafen zu ahnden für gut befunden hatte. Nach diesem unsern Grundsatze hat das Oberappellationsgericht zu Zelle gegen den Nichtgebrauch mehrmalen gesprochen, wie dieses Pufendorf *b*) bezeugt.

a) Stryk a. a. O. §. 35.

b) *Obs. Jur. Univ.* T. 1. Obs. 198.

## §. 126.

### Wohl aber ein widriger Gebrauch.

Ganz anders verhält es sich gewiß, wenn nicht vom Nichtgebrauch, sondern von einem widrigen Gebrauch die Rede ist; das Gesetz erheischt nicht im geringsten zu Erhaltung seines Daseyns den Gebrauch der Bürger, sondern der Wille des Gesetzgebers ist die Seele des Gesetzes; sobald also der Gesetzgeber einem, dem von ihm erlassenen Gesetze entgegenstreitenden Gebrauch, ohne denselben zu rügen, lange zugesehen hat, so erwächst daraus natürlich die Vermuthung, daß er seinen im Gesetze ausgedruckten Willen verändert habe; und dieses vorausgesetzt, so muß auch die Verbindlichkeit jenes Gesetzes nothwendig für zernichtet geachtet werden, und auf diese Art ist der *L. 32. D. de L. L.* zu verstehen, wenn es allda heißt: quod Leges non tantum Suffragio Legislatoris, sed tacito Consensu omnium per *Desuetudinem* abrogentur. Denn eine Desuetudo kann durch den bloßen Nichtgebrauch nicht erzeugt werden: es wird zu derselben unumgänglich erfordert, daß ein der Verordnung des Gesetzes widerstrebender Gebrauch im Staate ausgeübt worden sey (oben §. 64.).

Stryk a. a. O.

# Zweiter Abschnitt.

## Die Sitte und Gebrauch. Mores.

### §. 127.

**Sitte, oder Gebrauch, und Gewohnheit sind verschiedene Dinge.**

Obschon die Sitte und der Gebrauch des Volkes, Mores, wohl für Gewohnheit genommen werden, und die Rechtslehrer selbst diese Worte nicht selten miteinander verwechseln *a*), so ist doch die Gewohnheit, sobald man angemessen sprechen will, etwas ganz anders als Gebrauch und Sitte: denn diese bestehen in jenen gleichförmigen Handlungen, welche mit Beitretung der übrigen Erfordernisse, der Gewohnheit, als Recht, endlich ihr Daseyn geben; so wie ein Haufen Steine und Kalk das Gebäude noch nicht sind, welches daraus durch des Maurers Hand entsteht. Kurz, Sitte und Gebrauch sind Ursache, Gewohnheit die hervorgebrachte Wirkung. Daher hat derjenige, welcher sich auf eine Gewohnheit beruft, noch lange nicht alles ihm obliegende geleistet, wenn er die Sitten, Gebräuche und Handlungen des Volkes erwiesen hat, indem zu einer rechtlichen Gewohnheit noch andere unumgängliche Erfordernisse gehören *b*).

*a*) §. 9. I. de J. N. G. et C.

*b*) *Hunnius ad Treutl.* Vol. 1. Disp. 1. Th. 9. Q. 5.

### §. 128.

Sprachgebrauch.

Unterdessen darf der gemeine Sprachgebrauch wohl nie ausser Acht gelassen werden, sollte auch die Grundeigenheit der Worte wirklich darunter leiden; denn die Worte müssen den Sachen, nicht aber die Sachen den Worten dienen.

Arg. L. 50. §. ult. D. de Legat. 1. L. 69. §. 1. D. de Legat. 3. *Consil. Marp.* Vol. 2. Cons. 60.

## Dritter Abschnitt.

## Observanz.

### §. 129.

Dreifache Observanz.

Die Observanz muß dreifach betrachtet werden, nemlich im weiten, im engen und im engern Sinne.

Im weiten Sinne.

*I.* Im weiten Sinne genommen ist die Observanz anders nichts, als jener wiederholte Gebrauch, woraus endlich die Gewohnheit entsteht, und hat also mit der Sitte, Moribus, einerlei Bedeutung; sie kann nur die verpflichten, welche dieselbe unter sich angenommen haben, auf andere hat sie keine Wirkung, als durch die erste Handlung, denn sie ist

Thatsache, Facti; bis dahin, daß aus mehreren solchen Thatsachen, das Recht entsteht, welches Gewohnheit heißt.

*Lauterbach* Coll. Th. Pr. L. 1. T. 3. n. 47.

Hunnius a. a. O. Q. 48. siehe oben §. 10. 12. 127 und 128.

§. 130.

Im engen Sinne.

*II.* Die Observanz im engen Sinne ist eine Gewohnheitsgattung, welche in einem Gerichte angenommen, und wonach in vorkommenden Fällen gesprochen zu werden pflegt; sie kann auch Praxis heissen. Hunnius a. a. O. eignet derselben ein der Gewohnheit ähnliches Ansehen zu, jedoch meines Erachtens ohne Grund, und ich glaube hierin sicherer dem Thomasius zu folgen, welcher dieselbe Sache folgender Gestalt entscheidet: „Vel enim unus Ju„dex est, vel plures: si unus, Nemo sibi ipsi Legem „dicere poterit, igitur, etiamsi saepius de aliqua Causa ad „certum Modum judicaverit, cognito tamen Errore poterit „novo Casu se offerente aliter pronunciare. Quod si plu„res sint Judices, sententiae non feruntur per tacitum „Usum, sed collectis Votis. Quapropter nec adeo commo„de Observantia judicialis intuita sententiarum ad Jus „consuetudinarium refertur. In Votis autem, uti in Pac„tis Collegiorum, semper valet major Pars; itaque si plu„ries in Causis similibus similiter pronuncietur, istud qui„dem non fit cum Intentione Imitationis, aut ex Jure Con„suetudinis, sed semper ex Pluralitate Votorum. Quod si „autem Collegae mutentur, potest facillime accidere, ut „quae antea minor Pars Collegii erat, Mutatione Persona-

» rum Collegii nanciscatur Jus majoris Partis. Frustra ve» ro tunc, qui ex Parte antea majore restant, et nunc mi» nor sunt, occinerent reliquis Jus Observantiae judicialis; » ut quod hoc Loco nullum plane esse potest. Et puto ex » mero Abusu introductum esse, quod Pronunciata in Collegio » aliquo uniformiter se habentia dicta fuerint Jus consue» tudinarium, puta cum Praesides Collegiorum, quorum » sententiae valuerant, dum major Pars Collegii iis adhae» reret, sentirent, Mutatione Personarum superveniente, » Sententiam adversam Jus majoris Partis obtinere. Igitur » cum aliud non possent, clypeo illo pseudo Juris Obser» vantiae Judicialis usi sunt, cui major Pars vel ex intem» pestiva Reverentia, vel ex Metu justo Potentiae subinde » cessit.« *Diss. de Jure Consuet. et observ.* §. 59. 60.

## §. 131.

### Im engern Sinne.

*III.* Im engern und eigentlichen Sinne bedeutet Observanz jene Regel, welche in einem nicht gerichtlichen Kollegium, oder in einer andern Personengemeinheit durch aller, oder doch der interessirten Mitglieder stillschweigende Einwilligung angenommen ist, und jene Mitglieder, ihre Handlungen danach einzurichten, verbindet. In mehr denn einer Rücksicht unterscheidet sich diese Observanz von der Gewohnheit: 1tens wird die Gewohnheit durch Handlungen des gesammten Volkes, die Observanz durch jene der Mitglieder eines solchen Kollegiums eingeführt. 2tens die stillschweigende Einwilligung der obersten Gewalt vereint mit jener des Volkes verleihet jener gesetzliche Kraft; diese wird durch die stillschweigende Einwilligung der Mitglieder

des Kollegiums zur verbindenden Regel. 3tens die Gewohnheit hat mit dem Gesetze ähnliche Gewalt; die Observanz aber nur die Macht eines stillschweigenden Vertrags. 4tens zu Einführung einer Gewohnheit werden mehrere lange Zeit hindurch fortgesetzte gleichförmige Handlungen erfordert; die Observanz, als Vertragsrecht, bedarf weder mehrerer Handlungen, noch des Umlaufes eines gewissen Zeitraums.

Glück a. a. O. L. 1. T. 3. §. 84.

# Vierter Abschnitt.

## Der Gerichtsgebrauch.

### §. 132.

Gerichtsgebrauch, Begriff und verschiedene gesetzliche Benennungen desselben.

Der Gerichtsgebrauch, Stilus Curiae *a*), solitus Judiciorum Ordo *b*); Observatio judicialis *c*); Mos Judiciorum *d*); Judiciorum Usus et Observantia *e*); ist eine gerichtliche Gewohnheit, welche die Ordnung und die Art des Verfahrens in einem Gericht bestimmt. Von allen verwandten Gattungen tritt der Gerichtsgebrauch der Gewohnheit am nächsten.

*a*) Reichsabsch. d. 1750. §. damit aber und §. und aus, verb. ein löblich hergebrachter Stylus; ein einhelliger Gebrauch und alter Stylus.

*b*) L. 4. C. de Sent. et Interl.

c) L. 12. §. 5. C. de R. C.

d) L. 11. C. de Injuriis.

e) §. 6. et 7. I. de Satisdat.

§. 133.

Meinung der alten Rechtslehrer wegen Einführung des Gerichtsgebrauchs.

Nur einem Oberrichter, welcher die Gewalt hat, Gesetze zu erlassen, räumten die ältere Rechtslehrer die Macht ein, einen Gerichtsgebrauch einzuführen; welchartigen Richter sie aber dadurch verstanden haben mögen, ist nicht leicht einzusehen; da keinem, auch Oberrichter, als solchem, die Gewalt zusteht, Gesetze im eigentlichen Sinne zu erlassen. Den übrigen Gerichten gestanden sie diese Befugniß nur unter sehr vielen Einschränkungen zu. Vermuthlich hat die Verwechselung der Gerichtsordnung mit dem Gerichtsgebrauch diese irrige Meinung hervorgebracht.

§. 134.

Heut zu Tage kann ein jedes Gericht einen Gerichtsgebrauch für sich einführen.

Daß ein jedes Gericht, in der Art bei demselben zu verfahren, einen besondern Gerichtsgebrauch einführen könne, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob der Richter Gesetze und Statuten erlassen könne oder nicht, ist heut zu Tage keinem Zweifel unterworfen; denn wenn die Handlungen des Volkes eine im ganzen Staate gesetzliche Gewalt habende Gewohnheit hervorbringen können, warum sollten nicht auch die Handlungen eines Gerichtes eine verbindende Regel des bei demselben anzustellenden Verfahrens aufzustellen vermögen?

## §. 135.

### Wie wenn ein Gericht aus mehreren Personen besteht.

Bei einem aus mehreren Personen bestehenden Gerichte können die Handlungen des Richters allein der Regel nach keinen eigentlichen Gerichtsgebrauch einführen: es sey dann, daß die vom Richter angenommene Art zu verfahren zur Wissenschaft der Beisitzer gekommen, und von diesen stillschweigend genehmigt, oder wohl gar nachgeahmt worden sey. Auf eben diese Art würde einer der Gerichtsbeisitzer auch einen neuen Gebrauch einführen können, wenn derselbe in Abfassung der Urtheile u. s. w. eine neue Form anbrächte, und die Richter und die übrige Assessoren ihm darin folgten.

## §. 136.

### Können Advokaten und Prokuratoren einen Gerichtsgebrauch einführen?

Soviel die Advokaten und Prokuratoren betrift, da dieselbe mit der Richtung des Prozesses unmittelbar nichts zu thun haben, so können auch ihre Handlungen keinen Gerichtsgebrauch unmittelbar hervorbringen; hätten sie jedoch eine gewisse Art, ihre Nothdurft im Gerichte vorzustellen, angenommen, welche der Richter entweder im Sprechen, oder durch eine andere Willenserklärung genehmiget; so ist auch dieses als eigentlicher Gerichtsgebrauch anzusehen, welcher jedoch lediglich aus der Genehmigung des Richters herrührt.

## §. 137.

### Kann dies der Gerichtsschreiber?

Wenn ein Gerichtsschreiber mit Vorwissen und still-

schweigender Einwilligung des Richters eine besondere Weise in Ausfertigung der Ladung, oder anderer in sein Fach einschlagender gerichtlicher Geschäfte angenommen hat, so erwächst daraus für die Zukunft ein Gerichtsgebrauch in ähnlichen Geschäften.

## §. 138.

### Wie wenn ein Gericht bloß aus dem Richter und dem Gerichtsschreiber besteht.

Wie aber, wenn ein Gericht bloß aus dem Richter und dem Gerichtsschreiber bestehet, vermag auch dann der Richter durch seine Art zu verfahren, einen Gerichtsgebrauch hervorzubringen? Gewiß: denn so wie ihm ohne anderer Zuziehung zusteht, allein die Urthel abzufassen, so ist es auch er allein, welcher den Gang des Prozesses leitet; folglich ist die in einem gegebenen gerichtlichen Geschäfte von demselben angenommene Verfahrensart als eigentlicher Gerichtsgebrauch zu achten.

## §. 139.

### Erfordernisse.

Eine Abweichung von dem üblichen, welche sich ein Richter zuläßt, kann aber keinen neuen Gerichtsgebrauch ausmachen, es werden vielmehr hierzu mehrere gleichförmige eine geraume Zeit hindurch vorgenommene, vom alten abweichende Handlungen erfordert, welchen sich die streitende Theile, ohne sich auf das Uebliche zu berufen, immerhin gefügt haben. Z. B. es ist in einem Gerichte üblich gewesen, den Inhalt des Klaglibels der Ladung einzuschalten, so daß, wenn dieses unterlassen, der Beklagte sicher aus-

blei-

bleiben konnte; der Richter weicht von diesem Gebrauch ab, und läßt den Klaglibel von der Ladung weg; dies geschieht mehrmal, und mehrmal erscheinen die Verabladeten, ohne sich auf den vorherigen Gebrauch zu berufen: endlich weigert sich ein Verabladeter zu erscheinen, weil der Inhalt des Klaglibels der Ladung nicht beigefügt worden ist, itzt wird ihm diese Einrede wenig frommen, weil der Richter sich mit Fug auf den neuen Gerichtsgebrauch in dieser Rücksicht stützen kann. Denn, obschon die erste gegen den Gerichtsstyl ohne Einschaltung des Klaglibels erlassene Ladung nichtig war, so kann jedoch der Nichtigkeitsvorwurf diese letztere nicht treffen, indem nun schon eine Zeit hindurch mehreren solchen Ladungen durch die dem Gerichtszwang unterworfene, Folge geleistet, mithin auch von denselben dieses neue Verfahren stillschweigend genehmiget worden ist *a*); zudem darf auf die ursprüngliche Nichtigkeit eines Acts nicht geachtet werden, sobald als dargethan ist, daß es in der That so gehalten worden *b*).

*a*) Arg. L. 1. §. 1. D. de Legat. 3.

*b*) *Adrian. Gylman.* Symphorem. Votor. Cam. Tom. 2. Part. 1. Vot. 6. N. 70. *Farinacius* Decis. Rotae Rom. Tom. 1. Dec. 393. N. 4.

## §. 140.

### Fortsetzung des vorigen Sphen.

Wie viele Handlungen zu Einführung eines Gerichtsgebrauchs erfordert werden, ist nicht wohl zu bestimmen, und daher dem richterlichen Ermessen überlassen; es fehlt zwar nicht an Rechtslehrern, welche eine Handlung hier für hinlänglich halten *a*); dieser Meinung könnte man auch al-

lenfalls beipflichten, wenn von einem Act die Rede ist, worüber noch kein bestimmtes Verfahren vorhanden gewesen: sobald aber über die Einführung eines neuen gegen einen ältern, oder gar gegen die Gerichtsordnung angenommenen Gerichtsstyls die Frage entsteht, so müssen gewiß mehrere gleichförmige Handlungen desselben Gültigkeit unterstützen.

Daß unter Handlungen, wodurch ein Gerichtsgebrauch entstehen kann, lediglich gerichtliche verstanden werden müssen, ist der Natur der Sache zu angemessen, als daß darüber einiger Zweifel obwalten sollte.

a) *Panormitan.* in C. in Causis circa fin. X. de Re Judic. *Alexand. Tartagnus* Lib. 2. Cons. 36. N. 9. *Paris.* de Resignat. Benef. Lib. 3. Q. 6. N. 29.

## §. 141.

### Wirkungen.

Auf alle Theile des gerichtlichen Verfahrens, die Appellation mit eingeschlossen, wirkt der Gerichtsgebrauch, und unter keinem Vorwand kann einem Richter zugemuthet werden, etwas, das wider den hergebrachten Styl streitet, bei seinem Gerichte anzunehmen. Wenn daher bei einem Untergericht der Gebrauch ist, daß dem Appellationszettel die Gravamina immer beigefügt werden müssen, so ist durch derselben Weglassung die Appellation als nicht geschehen anzusehen; und wenn auch gleich dieses bei der Appellationsinstanz nicht üblich wäre, so kann doch der Richter ad quem keineswegs dem Richter a quo anbefehlen, eine solche gebrauchswidrige Appellation anzunehmen.

*Mevius* P. 6. Dec. 288.

## §. 142.

### In Rücksicht auf die Appellationsinstanz.

Ist die Appellation einmal richtig eingelegt, so versteht es sich von selbst, daß nun nach dem Gerichtsgebrauch der Appellationsinstanz verfahren werden müsse; wäre dieser auch von jenem des Judicii a quo ganz unterschieden. Sollte aber der beim Untergericht übliche Gerichtsstyl auf die Entscheidung der Sache selbst Einfluß haben, so muß natürlich in der Appellationsinstanz darauf geachtet werden. Z. B. die Einrede Excussionis oder Ordinis muß beim Untergericht vor Befestigung des Krieges, bei Strafe der Verwerfung eingebracht werden, obschon dieses bei dem Obergerichte auch nach der Kriegsbefestigung geschehen mag; ein am Untergericht belangter Bürge wirft erst nach der Kriegsbefestigung die Einrede Excussionis oder Ordinis auf, sie wird aber verworfen und der Bürge zur Zahlung verdammt; dieser appellirt. Hier muß nun der Appellationsrichter den Spruch des Untergerichts bestätigen: denn der Unterrichter hat lediglich nach dem bei seinem Gerichte hergebrachten Gerichtsstyl, welchem sich der Bürge hätte fügen müssen, gesprochen. Ein anderes Beyspiel hat Mevius P. 3. D. 279.

## §. 143.

### Auf die streitende Theile.

Die streitende Theile unterwerfen sich den Gesetzen des Gerichts, vor welchem sie ihre Sache anhängig gemacht haben, und müssen daher sich dem dabei hergebrachten Gerichtsgebrauch genau fügen, nicht als wenn derselbe in

Rücksicht der streitenden Theile für ein Gesetz zu achten sey, indem auch ausser dem Gerichtszwang Gesessene sich nach desselben Gerichtsgebrauch fügen müssen, wenn sie vor dasselbe als Kläger treten; sondern weil es in der Natur der Sache gegründet ist, daß wenn ich eines anderen Hülfe bedarf, ich mich auch nach dessen Sitte und Gebräuchen fügen müsse.

Thomasius a. a. O. §. 58. *Mevius* P. 9. D. 30. N. 2.

## §. 144.

Der Regel nach muß ein Untergericht nach dem beim Obergericht hergebrachten Gerichtsgebrauch verfahren *a*); es sey dann, daß bei demselben ein anderer Gerichtsstyl eingeführt wäre *b*).

*a*) §. ult. I. de Satisdat.

*b*) *Berger* Oecon. Jur. L. 1. T. 1. §. 19. Not. 1.

## §. 145.

### Gerichtsordnung.

Die Gerichtsordnung ist die Regel des gerichtlichen Verfahrens, welche die gesetzgebende Gewalt einem Gerichte ausdrücklich vorgeschrieben hat. Eigentlich gehört sie nicht unter die mit der Gewohnheit verwandte Gattungen.

# Fünfter Abschnitt.

## Praejudicia.

### §. 146.

Praejudicia ihre Anwendung.

So wie das gleichförmige gerichtliche Verfahren in ähnlichen Fällen den Gerichtsgebrauch hervorbringt, entstehen aus mehreren gleichförmigen Sentenzen die *Praejudicia*: In Ambiguitatibus quae ex Legibus proficiscuntur, Consuetudinem, aut Rerum perpetuò similiter judicatarum Auctoritatem, Vim Legis obtinere debere, Imperator noster Severus rescripsit, sagt Callistratus *a*). Daß diese Verordnung nicht selten ihre volle Anwendung erhalte, wenn über einen gegebenen Fall mehrere gleichförmige Sentenzen, zumalen der Obergerichte, vorhanden sind, darf wohl nicht in Abrede gestellt werden.

*a*) L. 38. D. de LL.

### §. 147.

Die Praejudicia musten bei den Römern größere Gewalt haben als bei uns.

Ich muß hier gleich im Eingang bemerken, daß die Authoritas Rerum perpetuo similiter judicatarum bei den Römern weit wirksamer seyn mußte, als bei uns; indem diejenige, welche solche Urtheile sprachen, größere Gewalt besaßen, als unsere Richter. Die Rescripte und Dekrete wur=

den den Constitutionibus universalibus beigezählt, und so lang als der römische Freistaat stand, mußte natürlich durch die stillschweigende Einwilligung des Volkes daraus auf ein stillschweigendes Gesetz gefolgert werden. Die Judices Pedanei entschieden gewöhnlich nur Quaestiones Facti, und die Prätoren Quaestiones Juris; diese aber hatten Antheil an der gesetzgebenden Gewalt, welche unseren Richtern mangelt.

Struben Rechtl. Bedenken, Tom. I. Bed. 24.

## §. 148.

### Wannehr der Richter auf Praejudicia achten müsse.

Ich habe gesagt, die Verordnung des oben angeführten *L.* 38. *D. de LL.* erhalte oft seine volle Anwendung; und in der That bieten die Praejudicia in einem ganz ähnlichen Falle dem Richter eine Richtschnur dar, welche er nicht leicht verlassen muß, wenn entweder der gegebene Fall in den Rechten gar nicht entschieden ist, oder doch darüber eine so dunkele Zweideutigkeit obwaltet, daß auch nach der genauesten Prüfung der für beide Theile streitenden Gründe der Richter dennoch nichts entdecken kann, welches mehr für einen als den anderen das Wort spräche. Ausser diesen Fällen darf ein Richter nicht sehen, wie anderwärts gesprochen worden sey, sondern welchen Spruch die Gerechtigkeit im darliegenden Falle von ihm erheische *a)*; nie darf ein Richter die Wahrheit ausser Acht lassen, seine heilige Pflicht gebeut ihm unverrückt den Pfad, welchen ihm Gesetze und Billigkeit vorschreiben, zu wandeln *b)*.

*a)* L. 12. D. de Off. Praes.

*b)* L. 13. C. de Sent. et interl.

## §. 149.

Nähere Würdigung derselben. — Pflicht des Richters.

Nicht selten sind die Praejudicia nichts, als vorgefaßte irrige Meinungen, welche einer dem andern blindlings nachgebetet hat. Ohne sich daher durch das Ansehen solcher Urtheile blenden zu lassen, ist es des Richters Pflicht vorerst die Aehnlichkeit der Fälle zu vergleichen, ist diese nun auch wirkich da, so liegt ihm ob, die Gründe, worauf solche Praejudicia gebauet sind, streng zu prüfen; findet er, daß diese aus irrigen Sätzen, vorgefaßten Meinungen, schiefer Auslegung der Gesetze entstanden sind, so darf auch eine unabsehbare Reihe solcher Urtheile ihn nicht abschrecken, nach seiner Ueberzeugung zu sprechen. Und was sollte wohl einen Richter binden, einer solchen irrigen Meinung beizupflichten? Urtheile sind ja keine Gesetze, Gerichte keine gesetzgebende Gewalt; ihnen liegt bloß ob, nach den Gesetzen zu sprechen; dies ist ihre Pflicht, dessen ausser Achtlassung gewiß kein Gegenstand der Nachahmung werden kann *a*). Sehr richtig sagt Sandius: „Curiarum sententias non esse omnium Horarum et Temporum, vetus Dictum est, et eorum, qui judicio non interfuerunt incerta solet esse Conjectura de vero Motu judicantium, quos saepissime aliud ad judicandum movet vel ex Personis, vel ex Facti Specie, quam propositum agitatumque fuit a Causarum Patronis *b*).“ Und Vogt: „Nullum alium Usum Praejudicata praestant, quam ut Inscitiam judicantium iterata saepius Injustitia absolvant *c*).“

*a*) *Pehem* Praelect. in Jus Eccles. univ. P. 1. S. 4. C. 3. §. 944. *Struben* de Jure Villicorum Cap. 3. §. 29.

*b*) In Praefat. Decisionum.

*c*) Diss. de Solennitat. §. 18. L. n.

## §. 150.

### Darf ein Richter die Praejudicia seiner Obergerichte ausser Acht lassen.

Viele, besonders ältere, Rechtslehrer sind zwar der Meinung, ein Unterrichter müsse nicht leicht die Praejudicia seiner Obergerichte und vorzüglich jene des Kammergerichts ausser Acht lassen; diese Meinung suchte schon Lauterbach durch den Satz einzuschränken, daß sobald der entschiedene von dem zu entscheidenden Falle auch im geringsten unterschieden sey, das angeführte Praejudicium nichts wirken könne.

Mir scheint diese ganze Lehre irrig zu seyn, und ich sehe nicht ein, warum ein Richter, wenn ihn seine Ueberzeugung anders lehrt, von solchen Urtheilen, auch jenen des Kammergerichts nicht abweichen sollte, und gar pflichtmässig müßte; ich rufe mit den Gesetzen: Non adeo spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat. — Nemo judex existimet, neque Consultationes quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum Praefectorum vel aliorum Procerum, neque si cognitiales sint amplissimae Praefecturae, vel alicujus maximi Magistratus sententiae prolatae; non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum Judicum Vitium extendi oportet, *cum non Exemplis sed Legibus judicandum sit*.

L. 12. D. de Off. Praesid. L. 13. C. de Sent. et interl. Thomas. a. a. O. §. 110.

## §. 151.

Wie der R. Absch. von 1654 §. 130 zu verstehen sey.

Der jüngere Reichsabschied von 1654 §. 130 und folgende schärft zwar den Kammergerichtsbeisitzern ein, widersprechende Urtheile zu vermeiden; dies kann aber nur als eine Anmahnung an dieselbe angesehen werden, ihre Urtheile so zu verfassen, daß deren Ungrund und Widerrechtlichkeit nicht andere zwinge, das Gegentheil zu sprechen; welches gewiß bei jedem Gerichte sorgfältig muß vermieden werden. Daß aber, wenn einmal übel gesprochen worden, die andere Beisitzer diesem Spruch in ähnlichen Fällen immer folgen und so die Ungerechtigkeit verewigen sollten, kann gewiß nicht die Meinung des angezogenen Reichsabschiedes seyn.

## §. 152.

Noch etwas über die Praejudicia Cameralia insbesondere.

Es wird nicht überflüssig seyn, dasjenige hier anzuführen, was Vulteius über die Kammergerichts-Praejudicia sagt; dies sind seine Worte: „Praejudicia Cameralia, quae „a Gailio, Mynsingero et aliis allegantur, non tam facile „trahenda sunt ad Exemplum, praesertim in Controversiis „perplexis et multiplicem Distinctionem habentibus; ne- „que rarum est, ut ipsi Domini Assessores Camerae Imp. „a Praejudiciis suis recedant, cujus Exempla ex Observa- „tionibus Cameralibus possent allegari, nisi id quotidiana „doceret Experientia. Huc pertinet Vulgatum illud quo „dicitur, non Exemplis judicandum esse, sed cujusque „Causae Momenta ponderanda, atque ex his judicandum „esse. Nec audet Mynsinger affirmare, per universam

» Germaniam eam sententiam Usu et in Practica servari, » cum fieri nequeat, ut Usus et Practica universae Germa- » niae, praesertim in his, quae ad causarum Decisionem » pertinent, ulli Icto, quantus quantus etiam ille sit, sit » cognita et perspecta. «

*Consil. Marp.* Vol. 1. Cons. 34. N. 53. 54.

## §. 153.

### Noch etwas über die Praejudicia im allgemeinen.

Zu noch näherer Aufklärung dieser ganzen Materie will ich ein Praejudicium aus dem Mevius anführen, welches einem jeden, der dessen Werke nicht besitzt, willkommen seyn wird; es lautet *P.* 5. *D.* 282. wie folgt: » Super Pac- » to quo quis singulos Heredum Defunctus obligaverat, la- » ta sententia illud invalidum, seu Exceptioni, non sum » solus Heres, non obstare declarans, per Implorationem » pro Restitutione in integrum oppugnabatur hoc argu- » mento, quod in Pomeraniae Dicasterio Provinciali mul- » toties dicta fuerat Sententia, unum Heredem in solidum » juxta Pactum tale condemnans, imposterum servanda » *L.* 38. *D. de LL.*, velut inde Consuetudine jam enata, » quae in Juris interpretatione praeprimis, ut optima in- » terpres attendi debet *L.* 37. *eod.* verum consideratis om- » nibus accuratius, existimatum est, utut ex attestato ju- » dicii Proto-Notarii multoties ita Judicatorum Catalogus » referretur, id tamen movere haud debere, ut sequere- » mur, ubi nondum constabat, ista in certam et perpe- » tuam Consuetudinem judiciariam ita venisse, adeoque » per talem Legem jam esse abrogatam *L.* 32. *D. de LL.*; » . . . . . . ut itaque Praejudicata Consuetudinem seu in- » terpretationem Legis faciant, oportet primo non esse

»certam Legem, sed eam, quae est, valde dubiam esse. »Qualis non fuit in ea Quaestione, de qua agebatur, »ubi Lex certa et Jus apertum fuit. Deinde sic pro Con- »suetudine et Jure observanda sunt, si perpetuo similiter »judicatum *D. L.* 38., quod haud factum implorans ipse »fatetur, dicens, aliquando licet rarius, secus judica- »tum esse. Et scivimus Exempla, in quibus regii in Di- »casterio Consiliarii aliter senserunt et judicarunt. In- »tellectum etiam, quoties ipsi conceperunt Sententiam, »hanc nostrae fuisse conformem. Quod ob eo saepius »discessum ex Opione Ictorum extraneorum, ad quos Acta »transmissa fuerunt, profectum esse. 3tio si vel semper »sic judicatum esset, tamen, quando patuit, Errore po- »tius quam Ratione factum esse, movere non debuit, »*L.* 39. *D. de LL. L.* 2. *C. quae sit longa cons.* sic enim »opinati sumus per ea, quae de illa Quaestione alibi »exponuntur, Lege et Ratione salva fieri non sic posse, »ut Heredes singuli ex tali Pacto in solidum fiant obnoxii: »ideo non attenta Imploratione, institimus Sententiae »priori. In Caa Joachim Mathias Thun, Ca. *D.* »Giessen Die 1. Jul. 1657.«

# Sechster Abschnitt.

## Doctrina Forensis.

### §. 154.

**Doctrina Forensis.**

Hier tritt alles das ein, was bei der Auslegung der Gesetze durch den Gebrauch eintritt; ist der Sinn eines Ge-

setzes zweifelhaft, oder auch der Sinn des Gesetzes an und für sich klar, zweifelhaft aber, ob das Gesetz auf den vorkommenden Fall anwendbar sey oder nicht, und man nimmt seine Zuflucht, um diesen Zweifel zu heben, zu dem, was sonst in dieser Rücksicht beobachtet und geurtheilt worden, so ist dieses eine Auslegung durch den Gebrauch Interpretatio usalis. Von einer durch einen langen Gebrauch bestätigten Auslegung, ist gewiß nicht leicht abzugehen.

*Böhmer* introd. in Jus Dig. L. 1. T. 3. §. 21. *Struv.* Syntagma Jur. Civ. Exercit. 2. Th. 52. und *Müller* allda Litt. a.

Da die Doctrina Forensis und die Praejudicia in sehr genauer Verwandtschaft stehen, so ist alles, was oben von diesen gesagt worden, auch hier völlig anwendbar.

## Siebenter Abschnitt.

### Die gemeine Meinung.

### §. 155.

#### Welche Meinung pro Communi zu halten sey.

Die gemeine Meinung der Rechtslehrer Communis Opinio, ist jene, welche über einen gegebenen Fall von den meisten und bewährtesten Rechtslehrern als Satz angenommen ist *a*); von wievielen Rechtslehrern der gegebene Satz müsse behauptet werden, um als gemeine Meinung aufgestellt werden zu können, läßt sich nicht leicht bestimmen,

das Zeugniß von sieben sieht Schilter *b*) für noch lange nicht hinlänglich an.

*a*) *Müller ad Struv.* Exercit. 2. Th. 51. Lit. d.

*b*) Praxis Jur. Rom. Exercit. 2. §. 4.

## §. 156.

### Wirkung.

So wie ich dem Schilter nicht beipflichten kann, wenn er der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten gesetzliche Kraft beilegt, und sie für eine Consuetudo interpretativa anpreisen will; eben so wenig vermag ich jenen das Wort zu reden, welche die übereinstimmende Meinung mehrerer bewährter Rechtsgelehrten geradezu als unbedeutend gar keiner Achtung gewürdiget wissen wollen; beide Behauptungen sind auffallend übertrieben.

Es ist bekannt, daß die gemeine Meinung nicht selten der Fahrlässigkeit der Rechtsgelehrten ihr Daseyn zu verdanken habe, und oft nichts als gemeine Irrthümer enthalte; gewöhnlich wenn die Rechtslehrer sich auf die gemeine Meinung berufen, pflegen sie die Prüfung der Gründe, worauf eine solche Meinung sich stützt, gänzlich ausser Acht zu lassen, einer betet dem anderen nach, Irrthum häuft sich auf Irrthum.

Findet man daher, daß ein Satz, welcher für gemeine Meinung ausgegeben, und dafür von den meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten bestätiget wird, dennoch, nach genauerer Prüfung, der Vorschrift der Gesetze oder der Vernunft entgegenstreitet, so ist billig von derselben abzugehen. Ueberhaupt beruhet hier alles auf der Triftigkeit der Gründe, wodurch eine solche Meinung unterstützt wird, und

ein Satz, welcher auch nur von einem einzigen Rechtsgelehrten, durch die gehörige Entwickelung der dahin schlagenden Rechtsgründe unterstützt, aufgestellt wird, verdient gewiß der leeren Aussage hundert anderer vorgezogen zu werden, welche den Gegensatz als gemeine Meinung ausgeben, und anders keine Belege dafür hergeben, als ihr Wort, oder auch jenes anderer, welche ihre Behauptung eben so wenig durch Gründe unterstützen; durch die Wichtigkeit der für sie sprechenden Gründe kann die gemeine Meinung allein Ansehen erhalten; non te moveat dicentis Auctoritas, sagt Seneca, sed quid dicatur attende; und sehr richtig die Marpurger: »non tam pro communi Opinione habenda est, quae communis esse dicitur, quam quae melioribus Rationibus est suffulta, et quam non major, sed sanior Pars Doctorum sequitur.« Wir sehen auch, daß die Kammer zu Wetzlar nicht selten die sogenannte allgemeine Meinung verläßt, um den Pfad der Wahrheit zu wandeln.

In der That, nie kann aus irrigen auch von den bewährtesten Rechtsgelehrten behaupteten Sätzen irgend eine Art von verpflichtendem Gewohnheitsrechte entstehen, welches anderen den Zwang anlegen könnte, um gegen ihre Ueberzeugung mit zur Fahne des Irrthums zu schwören? Sehr schön sagt hierüber Zasius: »Ego in nullius Verba juravi, a nullius Fune pendeo, id quod mihi in Textibus fundatum videtur, hoc sequor, securus Opinionum hujus vel alterius.«

Alles bereits gesagte erhält noch mehr Gewicht, wenn man bedenkt, daß die gemeine Meinung im Fortgang der Zeit sehr viele Abänderungen leide, und daß an die Stelle eines Satzes, welcher vor einiger Zeit als gemeine Meinung ausgepriesen wurde, itzt der Gegensatz für die allgemeinere Mei-

nung gehalten werde, so daß man sogar einen Unterschied zwischen der gemeinen und der gemeineren Meinung mache, und daß schon *Hierononim. de Coevallos* in seinem Specul. aur. Opin. Comm. contra Comm. an die 800 sich widersprechende Sätze gesammlet habe, welche von beiden entgegengesetzten Seiten für gemeine Meinung von den Rechtsauslegern aufgestellt werden.

Böhmer a. a. O. *Cannegiesser* Decisiones. T. 2. D. 43. N. 46. *Leyser* Spec. 9. Med. 5. Vol. 1. *Struv.* a. a. O. Exercit. 2. Th. 51. und allda *Müller* Litt. 4. *Vigel.* Method. Jur. Controv. L. 1. C. 3. *Consilia Marp.* Vol. 2. Cons. 21. N. 261. Vol. 4. Cons. 14. N. 83. *Stryk* Us. Mod. L. 1. T. 3. §. 13.

## §. 157.

### Fortsetzung des vorigen Sytzes.

Die übereinstimmende Meinung des größern Theils ist der Regel nach für die bessere zu halten, und dem gleichlautenden Zeugnisse mehrerer Kunstverständigen über eine in ihre Kunst einschlagende Sache ist billig Glauben beizumessen: nach diesen Grundsätzen erhält auch gewiß die übereinstimmende Behauptung mehrerer bewährten Rechtsgelehrten, wenn anders derselben weder die Gesetze, noch andre wichtige Gründe entgegenstehen, eine nicht geringe Glaubhaftigkeit, Probabilitatem, dergestalt, daß nach einer solchen Behauptung der Richter mit Sicherheit ein Gesetz auslegen, und nach einer solchen Auslegung sprechen mag.

Böhmer a. a. O. Struv. a. a. O. Stryk a. a. O.

## §. 158.

### Wie wenn die Meinung der älteren Rechtslehrer mit jener der neueren in Kollision kömmt?

Wenn aber nun die gemeine Meinung der ältern Rechtsgelehrten mit jener der neueren in Kollision kömmt, wel-

che von beiden ist dann wohl vorzuziehen? Im Zweifel ist immer anzunehmen, daß die neuere Meinung die bessere sey; indem es zu vermuthen steht, daß man nicht nach und nach von der ältern Meinung würde abgegangen seyn, wenn nicht triftigere Gründe für die neuere stritten: doch ohne Prüfung der für beide Sätze streitenden Gründe, darf dies nicht geschehen, indem auch hier derselben Triftigkeit, die eigentliche Entscheidung geben muß.

*Müller ad Struv.* a. a. O. Litt. d.

## §. 159.

### Ansehen der Glosse.

Die ältere Rechtslehrer legten der Glosse eine fast gesetzliche Kraft bei, sie hiessen sie ein Schiff, mit welchem man den Ocean der Rechtsgelahrtheit sicher durchfahren, und glücklich in den Hafen der hellen Wahrheit einlaufen könne; gewiß hat die Glosse Ansehen: aber nur wenn dieselbe weder den Gesetzen, noch der Billigkeit entgegen steht; indem der Text eines Gesetzes mehr Gewicht hat, als die ganze Glosse, und derjenige gewiß sicherer fährt, dem der Text in die Segel bläst, als jener, welchem die Glosse das Ruder führt.

C. 5. Dist. 9. Müller a. a. O.

Gedruckt bey Heinrich Blothe und Comp. in Dortmund.

Bayerische Staatsbibliothek München

Guilleaume, Johann Nikolaus Kornelius,

Theoretisch-praktische Abhandlung der Rechtslehre von der Gewohnheit

Osnabrück 1801

J.rom.m. 242 f
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566729-2